

Keller

Haus- und Familien- Diebstahl





Haus- und Familien-Diebstahl

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Walter Keller

Fürsprecher in Bern

Bern

Buchdruckerei R. Suter

1905

Haus- und Familien-Diebstahl

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Walter Keller

Fürsprecher in Bern

Bern

Buchdruckerei R. Suter

1905

5/12/21

Meinem Vater

in Dankbarkeit gewidmet



Inhalt

Einleitung.

Beinahe alle modernen Strafgesetzbücher vertreten den Grundsatz, dass ein Diebstahl, begangen durch Personen, die durch häusliche oder Familienbande miteinander verbunden sind, strafrechtlich nicht in gleicher Weise verfolgt werden soll, wie die von dritten Personen begangenen Entwendungen, und zwar ist fast allgemein für einen Familiendiebstahl gar keine Strafe oder ein Strafantragserfordernis, und für einen Hausdiebstahl, insofern als ein solcher heute überhaupt noch ausgezeichnet ist, eine härtere Strafe als die des gewöhnlichen Diebstahls vorgesehen.

In diesem Sinne äussert sich z. B. das Italienische Strafgesetzbuch vom Jahre 1889 Art. 433, welches kein Verfahren gestattet gegen denjenigen, welcher einen Diebstahl begangen hat zum Nachteil seines gesetzlich nicht getrennten Ehegatten, seiner Verwandten in auf- und absteigender Linie oder eines Bruders oder einer Schwester, die mit ihm zusammen wohnen.

Eine verschärfte Strafe tritt nach Art. 404 ein, wenn der Diebstahl begangen wurde unter Missbrauch des aus gegenseitigen Beziehungen eines Amtes, einer Arbeitsleistung oder eines auch nur zeitweiligen Zusammenwohnens sich ergebenden Vertrauens zwischen dem Bestohlenen und dem Täter, an den zufolge solcher Beziehungen der Treue des letztern anvertrauten oder überlassenen Sachen.

Das deutsche Reichsstrafgesetzbuch aus dem Jahre 1870 sagt in § 247: « Wer einen Diebstahl oder eine Unterschlagung gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher begeht, oder wer einer Person, zu der er im Lehrlingsverhältnisse steht, oder in deren häuslicher Gemeinschaft er als Gesinde sich befindet, Sachen von unbedeutendem Werte stiehlt, oder unterschlägt, ist nur auf Antrag zu verfolgen. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

Ein Diebstahl oder eine Unterschlagung, welche von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den andern begangen worden ist, bleibt straflos.»

Der französische Code pénal, Art. 380 äussert sich folgendermassen: Entwendungen, begangen unter Ehegatten, Verwandten in gerader Linie und Seitenverwandten im gleichen Grade können nur zivilrechtliche Folgen nach sich ziehen, desgleichen Entwendungen eines verwitweten Ehegatten an Sachen des Verstorbenen. Als qualifizierte Diebstahlsfälle werden in Art. 386 aufgezählt die Diebstähle der Dienstboten oder Lohnarbeiter an Sachen ihres Meisters oder gewisser anderer Personen sowie die Diebstähle von Arbeitern, Gesellen oder Lehrlingen im Hause, der Werkstatt oder dem Laden ihres Meisters, oder von Personen, die am Orte ihres Diebstahles regelmässig beschäftigt sind.

Auch der Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch vom Juni 1903 beschäftigt sich mit unserer Frage, indem er in Art. 80 den Diebstahl zum Nachteil eines Ehegatten, oder einer Person, die mit dem Täter als Familiengenosse in dem nämlichen Haushalt lebt, nur auf Antrag bestraft.

Gleich- oder ähnlichlautende Bestimmungen finden wir auch im Strafgesetzbuch der Niederlande vom Jahre 1881, Art. 316, im Belgischen Strafgesetzbuch Art. 462, 492, 504, sowie in den Strafgesetzgebungen der meisten schweizerischen Kantone.

Diese Qualifizierung, respektive Privilegierung gewisser Verbrechen, begangen zwischen Haus- und Familienangehörigen, wie wir sie in den soeben erwähnten Gesetzgebungen angetroffen haben, findet ihre Begründung, was die Familiendiebstähle anbelangt, in der Scheu vor dem Eindringen der Strafbehörden in das Familienleben, was die Hausdiebstähle betrifft, in dem Bedürfnis eines erhöhten Rechtsschutzes und einer Reaktion gegen die Verletzung des geschenkten Vertrauens und der geschuldeten Treue. Und zwar ist sie nicht sowohl eine Errungenschaft der neueren Zeit, sondern sie verdankt ihren Ursprung schon den ältesten Gesetzgebungen und vor allem dem römischen Recht, das dann unsern heutigen Sitten und Anschauungen gemäss modifiziert wurde.

Die ältesten Dokumente, die unsere Materie betreffen, finden wir an den Stätten der ersten Kultur, in China und Indien. Für noch fernere Zeiten lassen sich nur unsichere Vermutungen aufstellen.

I. China.

Im Ta-Tsching-Leü-Lü,[1] einer Sammlung der grundlegenden Gesetze Chinas finden wir in dem Teil, der die Eigentumsverletzungen behandelt im Abschnitt CCLXII folgende Bestimmungen.

« Vom Diebstahl begangen an Verwandten oder an seinem Herrn.»

« Wer die ihm im ersten Grade verwandten Personen, die mit ihm durch die Bande des Blutes oder der Heirat verbunden sind, bestiehlt, erleidet eine fünfmal geringere Strafe, als das Gesetz für einen gewöhnlichen Diebstahl von gleichem Wert vorsieht. Wer seinen Verwandten zum zweiten Mal bestiehlt, wird viermal weniger streng bestraft als beim gewöhnlichen Diebstahl. Wer ihn zum dritten Mal bestiehlt, dreimal weniger u. s. w.»

Diese Strafmilderung stimmt überein mit dem allgemeinen Geist des Gesetzbuches, das als Produkt eines patriarchalischen Staatssystems einen Diebstahl nicht als eine Verletzung eines ausschliesslichen Rechtes ansieht, sondern nur als einen Eingriff in persönliche Interessen die jedem Familenglied eigen sind um die gemeinsamen Güter zu bewahren.

II. Aegypten.

Lange Zeit glaubte man, dass in Aegypten das Delikt des Diebstahls nicht bekannt war, ja dass es sogar eine organisierte Gesellschaft gab zur Ausbeutung des Diebstahls.

---

1) Renouard de Ste-Croix: Traductions des lois fondamentales de la Chine.

Jeder der sich mit rauben und stehlen seinen Unterhalt verdiente, musste sich beim Anführer der Gesellschaft, der er die Produkte seiner Diebereien abliefern wollte, einschreiben. Hier fand sich denn auch der Bestohlene ein, um gegen Hinterlegung des vierten Teiles der gestohlenen Sache, respektive ihres Wertes, wieder in ihren Besitz zu gelangen. Wie Thonisson[2] nachgewiesen hat, ist das nur eine Legende, da in Wirklichkeit der Diebstahl in Aegypten sehr strenge bestraft wurde. Ein Beweis für die Richtigkeit dieser Behauptung liefert das Geständnis, welches nach der Meinung der Aegypter die Seele des Verstorbenen vor dem obersten Richter abzulegen hatte, und das folgendermassen lautete: Ich habe nicht Gott gelästert, ich habe niemand getäuscht, ich habe niemand bestohlen, ich habe die Menschen durch meine Ränke nicht entzweit.[3]

Ob der Familiendiebstahl als solcher bekannt war, können wir nicht sagen, doch wissen wir, dass Sklaven, die ihren Herrn bestahlen, unter die Gerichtsbarkeit ihres Meisters fielen und nur von diesem bestraft werden konnten. Es ist deshalb wahrecheinlich, dass auch der Familiendiebstahl nur innerhalb der Familie und zwar durch das Fimilienoberhaupt geahndet wurde, wie wir es auch im germanischen Recht finden werden.

Das gleiche Prinzip scheint auch im alten jüdischen Rechte geherrscht zu haben, da uns die Mosaische Gesetzgebung nur über den gemeinen Diebstahl Auskunft gibt, der immer mit dem Tode bestraft wurde.

Die Dürftigkeit der Quellenangaben in diesen frühen Zeiten darf uns indessen nicht wundern, wenn man bedenkt, dass damals die Macht des Familienoberhauptes über Frau, Kinder und Sklaven eine absolut unbeschränkte war, und somit auch die Beurteilung der Vergehen der Haus- und Familiengenossen in den Bereich der allmächtigen patriarchalischen Gerichtsbarkeit fiel.

III. Römisches Recht.

Die durch einen Diebstahl verletzte Person kann entweder civiliter oder criminaliter vorgehen (L. 92 G. de furtis 47, 2). Geht sie civiliter vor, so kann sie sich einerseits

2) Thonisson: Etude sur l'organisation judiciaire de l'ancienne Egypte. Revue historique du droit français et étranger. 1868. p. 240 ff.

3) S. Thonisson.

der condictio furtiva oder der rei vindicatio und anderseits der actio furti bedienen. Mit den erstgenannten beiden Klagen bezweckt man die Wiedererlangung der gestohlenen Sache, die Tilgung des Schadens, mit der zuletzt angeführten die Bestrafung des Schuldigen.

Zur Ausstellung der actio furti sind berechtigt alle diejenigen, welche ein Interesse daran haben, dass die Sache nicht gestohlen wird, jedoch mit der Bedingung, dass dieses Interesse ein ehrenhaftes ist. « Cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet.» (1. 10. D. De furtis 47, 2; l. 1, 1 D. de priv. delict. 47, 1.) Nicht gegeben wird die actio furti den Personen, mit deren Beihülfe der Diebstahl geschehen ist, und ebenso nicht dem male fidei possessor (l. 11, 12 § 1; 14 § 3, 4 D. de furtis). Das Interesse ist jedoch nicht immer der ausschlaggebende Faktor für die Ausstellung der actio furti, denn die betreffenden, an der Wiedererlangung der Sache interessierten Personen, müssen diese mit dem Willen des Eigentümers innegehabt haben (l. 85 D. De furtis).

Eine besondere Eigenschaft der actio furti ist ferner ihre infamierende Wirkung, « ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum » . . . (Just. L. IV. 8. 16 § 2), und zwar war eine Befreiung eines, infolge einer actio furti Verurteilten von der Infamie selbst durch den Magistrat unmöglich, « non poterit praeses provinciae efficere, ut furti damnatum non sequatur infamia.» (l. 63. D. de furtis.) Besonders dieser infamierenden Wirkung wegen widersetzte sich der römische Gesetzgeber der Anwendung dieser Klage unter Verwandten und Ehegatten.

Folgende Fälle der Versagung der actio furti sind für uns von Interesse.

1. Ihre Versagung gegen den eigenen Ehegatten. Der eine Ehegatte konnte, vorausgesetzt dass eine vollgültige Ehe[4] vorlag, wegen in der Ehe begangener Entwendungen die actio furti weder während der Ehe,[5] noch nach ihrer Auflösung[6] gegen den andern erheben. Ja selbst wegen vorehelicher Entwendungen war gegen den Ehegatten die actio furti versagt (l. 3. § 2 D. cod.).

Nicht das gleiche galt für den Fall, wenn ein Sklave des andern Ehegatten der Täter war,[7] wobei aber die In-

---

4) l. 17. pr. D. de act. rer. amot. 25, 2 u. l. 6 § 1 D. cod.

5) l. 15. § 1, l. 21 pr. D. cod.

6) l. 1 D. cod.

7) l. 3 § 1. D. cod.; l. 52 § 3 D. de furtis 47. 2.

famie den letztern nicht traf, und ebenso wenn das furtum erst nach der Trennung der Ehe begangen wurde.

Das römische Recht ging aber noch weiter, indem es auch den Erben des einen Ehegatten die Anstellung der actio furti gegen den Ehegatten ihres Erblassers wegen Diebstählen während der Ehe verbot. Und zwar galt das sowohl für den Fall, dass die Ehe durch den Tod des Erblassers, als auch für den Fall, dass sie schon zu Lebzeiten des Erblassers durch Scheidung getrennt war.[8] Ebenso konnte auch der Gewalthaber des unter der « patria potestas » stehenden Ehegatten gegen den Andern nicht mit der actio furti vorgehen, gleich ob es sich um einen Diebstahl am Gute des Ehegatten, oder an seinem eigenen handelte (l. 6 pr. D. de act. rer. amot. 25, 2 und l. 15 § 1 D. cod.).

Ein Dritter jedoch der, sei es als Mittäter,[9] sei es nur als Gehülfe,[10] an einem Diebstahl des Ehegatten beteiligt war, konnte mit der actio furti verfolgt werden.[11]

Der zweite Fall der Versagung der actio furti trat ein bei Diebstählen der Hauskinder am Gute des pater familias und zwar allgemein, nicht nur, wenn das Hauskind überhaupt kein eigenes peculium hatte[12] (l. 17 pr. l. 52 § 5. D. de furtis 47, 2).

Auch bei Diebstählen der Eltern am peculium ihrer Kinder wurde die Ausstellung der actio furti untersagt, (s. Tit. Dig. de obsequ. parent. et patronis praest. 37. 15.) ebenso, wenn Sklaven ihre Herren bestahlen (L. IV. J. 1. 12.). Ferner wurde die actio furti nicht gegeben für den Fall eines furtum domesticum, d. h. eines Diebstahls begangen durch einen Klienten oder Freigelassenen zum Nachteil seines Patrons, oder durch einen Lohnarbeiter zum Schaden seines Arbeitgebers. So Paulus in lex 89. D. de furtis.[13] Im gleichen Sinne äussert sich Marcian l. 11 § 1. D. De Poenis 48, 19: « Furta domestica si viliora sunt, publice vindicanda non sunt, nec admittenda est huius modi accusatio, cum servus a domino, vel libertus a patrono in cuius domo moratur, vel mercenarius ab eo, cui operas suas lo-

---

8) l. 6 § 4 u. l. 22 § 1 D. de act. rer. amot. 25, 2 u. l. 6 § 2 cod.

9) l. 52 § 1 D. de furtis 47. 2.

10) l. 52 pr. D. cod.

11) Ebenso wenn der Dritte der Täter und der Ehegatte Gehülfe war. l. 52 § 2 D. cod., l. 20 D. de act. rer. amot. 25. 2.

12) In diesem Falle galt der Satz: « nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci. » l. 12. J. de obl. quae ex del. nasc. 4, 1.

13) « Si libertus patrono, vel cliens, vel mercenarius si qui eum conducit furtum fecerit actio non nascitur. »

caverat offeratur quaestioni: nam domestica furta vocantur quae servi dominis vel liberti patronis, vel mercenarii apud quos degunt subripiunt.»

Aus dieser Stelle scheint hervorzugehen, dass nur die schwerern Hausdiebstähle der öffentlichen Verfolgung unterlagen. Als Grund dafür kann man anführen, dass die öffentliche Bekanntmachung und Feststellung der Schwere des durch den Sklaven begangenen Diebstahl deshalb im Interesse des Familienvaters liegen konnte, weil er auf diese Weise für den Schuldigen eine strenge Strafe zu erwirken vermochte, die ihm, wenn er sie selbst ausgesprochen hätte, leicht die Strafen hätte zuziehen können, welche als Reaktion gegen den Missbrauch der hausherrlichen Gewalt aufgestellt worden waren.

Ferner ist gegen den Freigelassenen und Lohnarbeiter nur dann die Ausstellung der actio furti ausgeschlossen, wenn sie im Hause ihres Patronus, respektive ihres Arbeitsherrn wohnen, eine Bedingung, die beim Sklaven nicht gemacht ist. Bestiehlt dieser seinen Herrn, wo er sich auch immer aufhalten mag, so kann er auf dem Wege der öffentlichen Klage nicht verfolgt werden im Gegensatz zum Freigelassenen und Lohnarbeiter, die nur dann der hausherrlichen Gerichtsbarkeit unterworfen sind, wenn sie zur Zeit der Begehung des Diebstahls zum Haushalt ihres Herrn gehören.

Den von der Ausstellung der actio furti Ausgeschlossenen blieb jedoch, wie wir schon oben erwähnt haben, stets eine der infamierenden Wirkung entbehrende Klage, sei es die condictio furtiva, die actio furti utilis, die actio rerum amotarum, die hereditatis petitio oder eine andere Klage.

IV. Deutsches Recht.

Carolina und Gemeines Recht.

1. So bekannt uns die Gestaltung und Entwicklung unserer Materie im römischen Recht ist, so unbekannt und dunkel ist sie uns im germanischen Recht, so dass wir gezwungen sind, aus dem Wenigen überlieferten selbständig unsere Schlüsse zu ziehen. Nur eines wissen wir, nämlich

dass der Diebstahl von altersher zu den schwersten Verbrechen gehörte.[1] Es trifft ihn nicht nur stets eine öffentliche Strafe, sondern von jeher verfolgten die Germanen den feigen, hinterlistigen Dieb mit besonderer Schärfe, versagten ihm nicht nur das Recht zur Komposition, welches sie dem Mörder und Räuber gestatteten, sondern zeichneten ihn auch durch eine schmähliche Todesart aus.[2] « Denn unter allen Verbrechen erschien der deutschen Mannheit der Diebstahl als das des freien Mannes unwürdigste. Und verschonten sie ihn auch mit dem Tode in gewissen Fällen, so ward er doch mit Ehrlosigkeit für immer gebrandmarkt.»[3] Die meisten alten Volksrechte unterscheiden einen grossen und einen kleinen Diebstahl. Uebersteigt der Wert der gestohlenen Sache einen gewissen Betrag, so wurde der Dieb gehängt, wenn nicht, so büsste er « an Haut und Haar.» Doch gab es gewisse Diebstähle bei denen, infolge der Beschaffenheit des Objektes, oder des Begehungsortes, der Wert « der Duve », entweder gar nicht berücksichtigt, oder doch geringer angesetzt wurde.[4]

Anhaltspunkte finden wir im « bellum Gallicum », wo uns Julius Caesar, indem er von der unumschränkten Gewalt des Familienhauptes über Leben und Tod seiner Frau und Kinder sprich, den Schlüssel zur Lösung unserer Frage gibt. De bello Gallico VI. 19 « Viri in uxores, sicuti in liberos, vitae necisque habent potestatem ». Daraus folgern wir, dass infolge dieser Familien- und Hausgewalt eine Ahndung ausserhalb dieses Kreises im altgermanischen

1) Vergl. Sachsenspiegel II, 13. — Augsburger Statuten a. 312. — Rupr. R. B. § 67. Eichhorn T. R. u. St. G. § 201.

2) Lex Ripuar. 79; Lex Bajuv. VIII. c. 8. c. 1; Lex Burg. Tit. IV. § 1, 2 f., Tit. LXX, § 1, 2, Tit. IV. § 3, Tit. LXX. § 3; Lex Saxon. Tit. II, § 8.

3) Siehe Dollmann. Die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts.

4) Die Konstitution Kaiser Friedr. I. nimmt 5 Solidi an als hinreichend zum Strange. — Für die sächs. Rechte s. Sachsensp. II, 13, Schwabensp. cap. 116. — Den Nachtdieb traf immer die Strafe des Stranges, s. Sachsensp. II, 13. geschiht aver in me dorpe des dages en Düve, die myn denn dreier schillinge wert is — u. Art. 39. § 1: Swe nachtes korn stelt, de seult des galgen, stelt het des dages, it gat yme an den hals.

Süddeutsche Rechte verlangen 72 Pf., s. Rupr. v. Fr. R. B. § 94 u. 98. Nach den Augsburger Statuten a. 120, 155, 204 auch 60 Pfennige.

Bei Feld-, Mühlen-, Schmidtdiebstahl und beim Diebstahl, begangen an geweihter Stätte, genügen 12 Pfennige. S. Rupr. v. Fr. R. B. § 69, 95, 99, 100, 107. Nach Ludwigs Rechtsbuch sogar nur 4 Pfennige. (Rechtsbuch Ludwigs aus dem Jahre 1346.)

Ferner waren ausgezeichnet die Diebstähle im Palaste des Fürsten und in den Kirchen, oder an Sachen, die dem Fürsten oder der Kirche gehörten. S. Lex Salica ed. Lindenbreg Bd. II, Kap. XIV u. I. II. Kap. VIII.

Rechte ausgeschlossen war, umsomehr als das zu jenen Zeiten geltende Bussensystem einer andern Art der Regelung hinderlich gewesen wäre, so dass erst im Mittelalter beim veränderten Strafsystem und dem Eindringen der fremden Rechte die Frage eines Familiendiebstahls entstehen konnte. Was wir vom Familiendiebstahl gesagt haben, hat auch Geltung für die Diebstähle, welche die Leibeigenen und Hörigen unter einander oder gegen ihren Herrn begingen. Auch hier war die Entstehung einer « Compositio » unmöglich, da der Herr selbst nach seinem Gutdünken gegen den Schuldigen vorgehen konnte, wobei seine Machtbefugnis eine unumschränkte war und ihn niemand dafür zur Rechenschaft ziehen durfte. Er verfügte über seinen Untergebenen wie über eine andere ihm gehörige Sache, er verschenkte oder verkaufte ihn wohin er wollte, er konnte ihn auf die grausamste Art misshandeln und selbst töten, quia pecunia eius erat.[5] Die Lex Wisigothorum fügt noch bei, der Richter dürfe sich nur auf besonderes Verlangen des Muntherrn in diese internen Verhältnisse und Zustände einmischen.[6] Im übrigen äussert sie sich folgendermassen: « Illi qui suos conservos occiderint, in potestate domini eorum causa consistat, ut faciendi de eis quod voluerint licentiam habeant.[7]

Die Lex Salica bezeichnet den Sklaven als eine Sache und stellt ihn gleich einem Pferd, einem Rind und andern Haustieren: « Si quis servum aut ancillam caballum, aut bovem aut jumentum aut quamlibet rem sub alterius potestate agnoverit.»[8]

Indessen finden wir doch in der Lex Wisigothorum eine Strafbestimmung gegen den Herrn, der seinen Sklaven grundlos tötet, die ohne Zweifel dem eindringenden Geiste des Christentums ihre Entstehung verdankt. Die betreffende Stelle stammt nämlich nicht aus der alten Redaktion König Alarichs, sondern ist bedeutend jüngern Ursprungs, d. h. von König Chindaswinth, der im 7. Jahrhundert regierte, einer Zeit, in der der Einfluss der Kirche bereits ein mächtiger war.[9] Danach war derjenige der seinen Sklaven tötete gezwungen zu beweisen, dass dieser wirklich einen Fehler begangen, der eine solche Züchtigung verdiente. Konnte er diesen Beweis nicht erbringen, so wurde er zu einer Busse

5) Form. Marculfi T. II, § 22.
6) Lex Wisigoth. VII, Tit. II, Cap. XXI.
7) Lex Wisigoth. VI, Tit. V, Cap. XII.
8) Lex Salica, Tit. X.
9) Lex Wisigoth. VI, Tit. V, Cap. XII.

von einem Pfund Goldes verurteilt und unterlag zudem noch der lebenslänglichen Infamie.

Die erste deutsche Gesetzgebung,[10] die sich mit unserm Stoff, wenigstens was den Familiendiebstahl betrifft, beschäftigt, ist « Kaisers Karl V. und des heiligen römischen Reiches peinliche Gerichtsordnung » aus dem Jahre 1532. Sie war auf die Gestaltung des spätern gemeinen Rechts von erheblichstem Einfluss.

Da sich über den Hausdiebstahl keine besondern Bestimmungen aufgestellt finden, so müssen wir annehmen, er sei gleich dem einfachen Diebstahl behandelt worden. In diesem Sinne äussert sich auch Dollmann S. 92: « Die Behandlung des furtum domesticum beruht auf Römischen Grundsätzen und Verhältnissen, welche dem deutschen Recht, dem deutschen Leben fremd sind (servi, liberti). Das Gesinde aber hat das deutsche Recht nie von der ordentlichen Bestrafung des Diebstahls ausgeschlossen (wenn anders nicht ihre Entwendungen Unterschlagungen sind).» Vergl. Schlesisches Landrecht 4, 13. — Dist. 3 de Böhmer ad a. 165 § 7. — Wächter II. p. 324.

2. Wir wollen deshalb zuerst dem gemeinen Diebstahl und dessen Bestrafung in der Carolina unsere Aufmerksamkeit schenken.[11] Vor allem müssen wir festhalten, dass der Diebstahl nach der Carolina ein Kriminalverbrechen ist. Der Beweis dafür liegt in Art. 214 CCC.: « Und wo der Be-

10) In Frankreich datieren die Anfänge der Regelung unserer Materie bis ins 9. Jahrhundert zurück. So lesen wir in den « Capitularien Ludwigs des Frommen » in Artikel 33 unter dem Titel:

« Dhous qui emble à son saignour qu'il sert: »

« Hous, quand il emble à son saignour, et il est à son pain et à son vin, il est pendable: car c'est manière de trahison. Et cil à qui il fet le meffet le doit pendre par droit s'il a justice en sa terre. » — Isambert, Anciennes lois françaises, t. 1, p. 131. (Die betreffende Gesetzessammlung stammt nicht von Ludwig dem Frommen, sondern ist jüngern Ursprungs [XIII. J.], enthält aber unter andern auch Erlasse dieses Königs, so z. B. obgenannten.)

Einen weiteren Beweis dafür gibt uns Damhouder. (Damhouder lebte im 16. Jahrhundert [1507—1581].) « Enchiridion ou manuel es causes crimінèles chap. CX. De Larrecin XIII. J.: « En Frâce et ès autres lieux, ils ont costume usitée pour plusieurs cas de pêdre le simple larrô côvaincu en son premier larrcin, ascavoir le serviteur ou domestique qui derrobbe son maître. Toutefois veullent des droits que familier et servitiable larrecin ne soit publicquemêt, ou qu'un serviteur soit iugie à mort pour larrecin cômis en la maisô de sô maître.

Ils usêt aussi en Frâce de pêdre le larro pour la première fois qui les fers d'une charrue et araire, ou les chevaul hors la charrue desrobbe, ou qui ronge la mônoye de sô prîce ou qui a desrobé en l'hostelerie où il avait esté logé. (S. auch Feudorum et ibid., Liber I, von Gothofredus.)

11) C. C. C. Art. 157—163. — Bamb. a. 183—189. — Brandenb. a. 185—191.

schädigte nicht peinlich klagen wollte, so soll dennoch die Obrigkeit den Täter nichtsdestoweniger von Amts wegen rechtfertigen und ... strafen lassen.»

Ferner in der Urphede, die bei jedem Diebstahl geschworen werden musste,[12] und endlich in der Art der Strafen, welche öffentliche sind.[13] Diese Strafen, die sehr verschiedener Natur waren, erstreckten sich von der Geldstrafe bis zum Strang und waren bei ihrer Ausmessung vier Momente ausschlaggebend: Heimlichkeit und Oeffentlichkeit, Wert des Gestohlenen, Zahl der schon verübten Diebstähle und endlich Art und Weise der Begehung. Gleichsam die niedrigste Potenz des Diebstahls, wie Dollmann S. 83 sagt, war der erste, heimliche und kleine Diebstahl, der auf ungefährliche Art verübt wurde, wobei klein im Sinne der CCC. bedeutet: der Wert der gestohlenen Sache beträgt keine 5 Gulden.[14] Als « offener Dieb » wurde der angesehen, welcher, bevor er die gestohlene Sache in seinen Gewahrsam bringen konnte, « beschrieen, berüchtigt oder betreten » wurde. Die Strafe bestand in diesem einfachsten Fall in der Herausgabe des gestohlenen Objektes sowie in der Bezahlung ihres doppelten Wertes (Art. 157). Eine Steigerung der Strafe trat ein, wenn der Dieb mit der Sache beschrieen oder betreten wurde (Art. 158. C. C. C.), wobei der Richter zu unterscheiden hatte, ob der Dieb « ein ansenliche Person, dabei sich Besserung zu verhoffen.»[15] Wenn ja, so trat eine Geldstrafe von vierfachem Betrage ein, ausserdem aber büsste er mit « Staubbesen », Pranger oder Landesverweisung. Die gleiche Strafe griff Platz für den zweiten Diebstahl.

War die gestohlene Sache fünf oder mehr Gulden wert, so sollte je nach der Grösse des Betrages, der Offenheit des Diebstahls, des Standes und des Wesens (Verbesserlichkeit) der Person die Strafe wenigstens an den Leib gehen und konnte sogar bis zum Strang steigen.[16]

Wieder ein schwererer Fall des Diebstahls war sodann der gefährliche Diebstahl (Art. 159 C. C. C.), d. h. wenn bei seiner Begehung ein eingewurzelter, böser Wille zu Tage getreten war, oder ein schweres Verbrechen damit in

12) Martin, Lehrbuch § 151, 9.

13) Martin, Lehrbuch § 140, 5, u. Dollmann, S. 82.

14) S. darüber de Böhmer ad Art. 157, § 5. — Wächter, Lehrbuch II, S. 290 ff.

15) Die Bamb. hat anstatt « ansenlich » den Ausdruck « erlich » gesetzt.

16) Konopak im Archiv V, 2, 6. — Martin § 152. — Wächter, Lehrbuch II, S. 294 ff. — Salchow, Entwickelung, S. 46 ff. — Dollmann, S. 84.

Zusammenhang trat.[17] Die Strafe war hier die des Stranges, wobei es dem Richter jedoch freistand, sie in eine Leibesstrafe umzuwandeln.

Für ganz unverbesserlich galt endlich, wer zum dritten Male gestohlen hat (Art. 162 C. C. C.). Er heisst « ein mehr verläumdeter Dieb » und wird gleich dem « Vergewaltiger » immer mit dem Tode bestraft. [18]

So die Behandlung des gemeinen Diebstahls nach der Carolina. Die gleichen Regeln fanden, wie wir bereits gezeigt haben, auch Anwendung auf den Hausdiebstahl, da er in keiner Weise ausgezeichnet war.

3. Gehen wir nun über zum gemeinen Recht.

Hier herrschte von jeher unter den Rechtsgelehrten eine grosse Uneinigkeit und zwar in doppelter Beziehung, sowohl was die Benennung als auch was die Art und Weise der Behandlung unserer Materie betrifft.

a. Die Terminologie betreffend.

Die Streitfrage wurde hier deshalb hervorgerufen, weil nach der Meinung der Einen die Blutsverwandtschaft, nach der der Andern das Zusammenwohnen, und nach der der Dritten die Qualität als Dienerschaft ausschlaggebend war.[19]

So unterscheidet Klien[20] den Hausdiebstahl im eigentlichen und im uneigentlichen Sinn, doch bemerkt er dabei, dass diese Bezeichnung, weil aus einzelnen Provinzialrechten entlehnt, nicht für ganz Deutschland massgebend sein könne. Unter ersterem versteht er den Diebstahl, welcher von einer Person begangen wird, die in täglichem Lohn und Brod des Bestohlenen steht und wenigstens in dessen Haus arbeitet. « Denn dass der Dieb auch da wohnen müsse scheint nicht nötig zu sein.»[21] Besonders gehört dahin das Gesinde, doch gibt es nach seiner Meinung auch noch andere Personen, die nicht unter dem Namen Gesinde begriffen sind und doch dergleichen Diebstähle begehen können, z. B. Verwalter, Hauslehrer, Fabrikarbeiter u. s. w. Unter Diebstahl im uneigentlichen Sinn meint er den Diebstahl un-

17) S. Martin, § 153. — Wächter, Lehrbuch, S. 298—304. — Dollmann, S. 85.

18) S. Ulrich Tenglers Layenspiegel, ed. 1532, Fol. 123. — Konopak, im A. Archiv Bd. 5, Nr. 2 u. 5. — Wächter, Lehrbuch II, 309—317. — Dollmann, S. 86.

19) S. Günther. De furto domestico. Diss. Lips. 1785; Se. Henr. Ayrer. De furti domestici poena in terris Brunsuicensibus. Gött. 1788.

20) Klien, Verbrechen des Diebstahls. 1806. S. 370 ff. S. auch Henke. Handb. des Krim.-Rechts Bd. 2, S. 427.

21) Böhmer, ad C. C. C. Art. 165, § 7; Günther, a. a. cap. 2, § 1.

ter nahen Verwandten und Ehegatten, doch fügt er bei: « Richtiger nennt man diesen wohl Familiendiebstahl, da das charakteristische Merkmal nicht schlechterdings darin besteht, dass der Dieb im Hause des Bestohlenen lebt, sondern darin, dass zwischen ihm und dem Bestohlenen das enge Band der Ehe oder naher Blutsfreundschaft und Schwägerschaft geknüpft ist.» Ebenso klassifiziert auch Tittmann.[22]

Grolmann[23] und Feuerbach[24] haben sich gerade der entgegengesetzten Terminologie bedient. Sie nennen den Diebstahl unter nahen Verwandten «eigentlichen», den Gesindediebstahl « uneigentlichen » Hausdiebstahl. Gleich auch Klein,[25] doch gibt er zu, dass das Wort Hausdiebstahl nach dem deutschen Sprachgebrauch und nach vielen Provinzialrechten besonders auf das Gesinde angewendet wird. Warum sollte man davon abgehen, sagt er, da schon das römische Recht beim furtum domesticum nicht an einen Verwandtendiebstahl dachte.

Wächter[26] nennt unter den gesetzlich ausgezeichneten, und zwar sogenannten privilegierten Diebstählen in erster Linie den Familiendiebstahl und sodann den Hausdiebstahl. Diesen definiert er als den von Haus- und Familiengenossen an Personen der Familie begangenen Diebstahl, mit Ausnahme der zum eigentlichen Familiendiebstahl gehörigen Fälle, namentlich Entwendungen von Seiten der in Lohn und Kost des Bestohlenen Stehenden.

Weiske in seinem Rechtslexikon äussert sich folgendermassen: « Bezüglich furtum domesticum der Römer, fallen bei uns die Sklaven und Freigelassenen weg, und wir verstehen deshalb unter Hausdiebstahl gewöhnlich den von Hausgenossen an Personen der Familie begangenen Diebstahl mit Ausschluss der zum eigentlichen Familiendiebstahl gehörigen Fälle.»

Dieselbe Unterscheidung in Haus- und Familiendiebstahl machen auch Schütze[27] und Häberlin.[28] Schütze sagt: « Den von der P. G. O. vorgesehenen sogenannten gefährlichen Diebstählen hatte schon die gemeinrechtliche Praxis gewisse

22) Handbuch des Strafrechts, Bd. II, S. 383 ff.

23) Grolmann Lehrbuch, § 202.

24) Feuerbach, Lehrbuch des peinl. Rechts, 1832, § 350 (furtum dom. proprium und improprium).

25) Klein, Lehrbuch, § 440. (Grundsätze des gemeinen Teutschen und Preussischen peinlichen Rechts. Halle 1796.

26) Wächter, Römisch-teutsches Strafrecht. II. T. § 195.

27) Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1871.

28) Häberlin, Criminalrecht, 1849. S. 107.

andere Fälle hinzugefügt, so auch den Diebstahl der Hausgenossen die nicht zur Familie gehören, z. B. Dienstboten, Gäste, Wirte u. s. w., « also unter besonderm Vertrauensbruch begangene, sogenannte Hausdiebstähle. Ganz anders behandelte das römische Recht seine sogenannten furta domestica.» Aehnlich auch Temme,[29] der den Hausdiebstahl definiert als « Diebstahl, begangen von einem Mitglied der häuslichen Genossenschaft in dieser », wobei zur Erfüllung des Tatbestandes besonders erforderlich ist, dass der Dieb in der häuslichen Genossenschaft der Familie aufgenommen ist; doch ist es nicht nötig, dass der Dieb ein solches Mitglied der Familie ist, dessen Eigenschaft den Tatbestand des Familiendiebstahls herstellen würde, und ferner muss der Dieb in der « Genossenschaft » gestohlen haben.

Endlich führen wir noch an: Salchow[30] und Quistorp,[31] die den Familiendiebstahl vom Haus- und Hofdiebstahl unterscheiden und diesen kurzweg als Entwendung der Dienstboten an Sachen ihrer Herrschaft definieren. Wir selbst halten dafür, dass im gemeinen Recht unter der Bezeichnung « Hausdiebstahl » alle diejenigen Entwendungen gemeint waren, die von Personen ausgeführt wurden, welche von ihren Herren auf nicht zu kurze Zeit und gegen Kost und Lohn zur Uebernahme von häuslicher Arbeit angestellt waren und auch bei ihnen im Hause wohnten, wie z. B. Knechte und Mägde.[32]

b. Wir kommen nun zum zweiten und wichtigeren Streitpunkt, der die Lehrer des gemeinen Rechtes beschäftigte, nämlich zu der Frage: Wie wurde der Hausdiebstahl im gemeinen Rechte behandelt? War er gleich dem gewöhnlichen Diebstahl anzusehen, wie die Carolina es tat, oder war er ausgezeichnet, sei es durch Qualifikation, oder durch Privilegierung?[33]

Nach Temme[34] wurde im ältern deutschen Recht der, von dem im Hause wohnenden Gesinde im Hause verübte Diebstahl « vielfach als ein uneigentlicher, als ein diebliches Behalten angesehen, da die entwendete Sache sich so gut unter Händen des Gesindes, als des Herrn befunden hatte.» « Doktrin und Praxis des gemeinen Rechts haben darnach

29) Temme, Schweiz. Strafrecht. 1855. S. 599.

30) Salchow, Lehrbuch des peinlichen Rechts. Bd. II, § 365.

31) v. Quistorp, Grundsätze des peinlichen Rechts. 1794. Bd. 1, § 377.

32) S. auch Günther, de furto domestico. Diss. Lips. 1785.

33) S. Günther, Diss., u. Ayrer, Diss.

34) Temme, Schweiz. Strafrecht. S. 599 ff.

den, früher als gelinder, in späterer Zeit meist als schwerer zu bestrafenden Hausdiebstahl aufgestellt.»

Wir wollen hier gleich bemerken, dass die letztere Möglichkeit, nämlich die des privilegierten Delikts nur vereinzelt als Behauptung aufgestellt wurde,[35] anders die beiden andern Fälle des gemeinen und des qualifizierten Diebstahls. Weitaus der grösste Teil der Juristen, denen auch wir uns anschliessen, war der Ansicht, es handle sich um einen gewöhnlichen Diebstahl.[36]

So äussert sich Wächter in seinem Lehrbuch auf Seite 324: « Der Hausdiebstahl selbst ist in den gemeinen Teutschen Gesetzen nirgends gesetzlich ausgezeichnet, weder wie manche Aeltere wollen mit einer gebührenden Strafe (Boehmer ad art. 165 § 7), noch mit einer härtern (Klien l. c. S. 373).» Ebenso Feuerbach,[37] der jedoch wie Klein (§ 440) die Anwendung römischer Strafen behauptet.

Die gleiche Ansicht vertreten ferner Carpzow, Meister j. und Lauterbach.[38]

Ebenso auch Köstlin[39] mit der Begründung, « da das römische Recht in den deutschen Verhältnissen hier keinen Boden hatte.» Doch gibt er zu, dass die Praxis diese Art von Diebstahl meist als einen erschwerten ansah.[40]

Weiske in seinem Rechtslexikon äussert sich folgendermassen: « Der Hausdiebstahl ist in gemeinen, deutschen Rechten nirgends ausgezeichnet, weder mit einer gelindern, noch mit einer härtern Strafe. Das römische Recht kann man hier nicht anwenden, denn die Voraussetzungen fehlen, auf die sich bei uns regelmässig die Ausschliessung einer Strafe stützt. Das nimmt auch das Gewohnheitsrecht an. Also muss der Hausdiebstahl gestraft werden nach den für den Diebstahl geltenden Sätzen.» Er fügt dann noch bei, dass viele die arbiträre Strafe des Diebstahls wegen der besondern Verletzung der Treue etwas höher ausmessen wollen, jedoch mit Unrecht.

---

35) Boehmer, ad Art. 165 C.C.C. § 7; Boehmer ad Carpzow. qu. 82, obs. 3; Leyser, Spec. 567, med. 2, 4, 5. Wernher, Part. VI, Obs. 458.

36) Kress, ad Art. 165 C. C. C. in f.; Koch, in Just. Jur. Crim., § 209. Struben, in seinen Rechtlichen Bedenken, I Th., S. 295, 296. II. Th., S. 347, 348, 412 f. IV. Th., S. 203 f. u. V. Th., S. 72—75.

37) Feuerbach, Lehrbuch, § 350 in f. u. Nota *b*.

38) Carpzow, Q. 85, n. 4, 5, 86, n. 39—47, 82, n. 55; Meister, jun., principia juris criminalis, § 233; Lauterbach, Coll. Theor. Prakt. h. t. § 11.

39) Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafrecht. 1858. S. 272.

40) S. Heffter, § 512, Klien, S. 373, Günther, S. 21 ff., Knapp, Wirtsch. Criminalrecht, S. 328 ff.; Böhmer, Med. ad C. C. C. Art. 165, § 7. Quistorp, § 378.

Klien in seinem « Verbrechen des Diebstahls » sagt, dass in Ermangelung von gemeinrechtlichen Verfügungen der Hausdiebstahl in Deutschland ganz nach den Grundsätzen anderer Diebstähle beurteilt werden müsse, wodurch überhaupt die ganze Einteilung unerheblich und überflüssig werde. Zum Beweis für seine Behauptung führt er die bestehenden Verordnungen Chursachsens an, wonach zwischen Hausdiebstählen und den gemeinen Diebstählen in der Regel kein Unterschied gemacht werden soll.[41] Allerdings stellte die Kriminalinstruktion vom Jahre 1783 sehr geschärfte Bestimmungen wider das diebische Gesinde auf, dem gleich geachtet wurden Entwendungen von diebischen Gastwirten, deren Ehefrauen, Kinder und Gesinde, wenn sie die einkehrenden Fremden und Gäste bestehlen, doch sind sie, wie uns Klien sagt, nie zur Anwendung gekommen.

Nach Henke[42] stammte die Unterscheidung zwischen gemeinem- und Hausdiebstahl erst aus den Provinzialrechten.

Für Abegg[43] kann es sich deshalb nur um einen gewöhnlichen Diebstahl handeln, weil, wie er sagt, unser jetziges Gesinde und Dienstboten nicht in dem Verhältnisse stehen, wie Sklaven u. s. w., und die Herrschaft über sie nicht die römische Gewalt hat, welche eine actio oder accusatio unstatthaft oder entbehrlich macht, so sind Diebstähle dieser Personen nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu bestrafen. Auch gibt es nach Abegg nicht nur keine Gründe zur Schonung, sondern es begründet die Verletzung der Pflicht zur Treue noch ein Moment erhöhter Strafbarkeit, ausgenommen etwa bei kleinen Diebstählen an Esswaren etc.

Betrachten wir nun noch diejenigen Lehrer des gemeinen Rechts, welche den Hausdiebstahl als einen qualifizierten Fall des einfachen Diebstahls ansahen, so sehen wir, dass die meisten das erschwerende Moment in der Verletzung der dem Herrn geschuldeten Treue erblicken, da zur Pflicht der Treue hauptsächlich die negative Pflicht nichts zu entwenden gehört.[44] Da eine solche Entwendung immer die böse Absicht, jemandem zu schaden, voraussetzt, so wird sie nach ihrer Meinung auch ungeachtet des geringen Wertes mit Recht den Verbrechen beigezählt und peinlich be-

---

41. Const. Elect. 38, Part. IV: « Die Hausgenossen und das Hausgesinde, Knechte, Mägde, Diener, Taglöhner und dergleichen sollen wie andere Diebe bestraft werden und zwischen ihnen und andern Diebstählen kein Unterschied gehalten werden. »

42) Henke, Handbuch, S. 427, Bd. II.

43) Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. 1836.

44) Dorn, Versuch e. ausführl. Behandlg. über das Gesinderecht. 1794. S. 235.

straft. Doch unterscheiden sie hier zwischen Entwendungen von Sachen die zum Lebensunterhalt gehören, wie Speise und Trank und andere Sachen.

Im erstern Falle wird die Entwendung, wenn sie nur aus Naschsucht und nicht des Gewinnes wegen begangen wurde nur « uneigentlich dem Diebstahl beigerechnet »,[45] doch befreit das den Täter nicht von einer willkürlichen Strafe.[46]

Nimmt das Gesinde aber essbare Sachen, um damit einen Gewinn zu machen, so begeht es einen wirklichen Diebstahl und wird nicht milder bestraft als beim gewöhnlichen Diebstahl, insofern wenigstens als die gestohlene Sache einen gewissen Wert hat.[47] Dieses Prinzip der Qualifizierung des Diebstahls und infolgedessen auch der Strafschärfung wird vertreten von Quistorp, Salchow, Abegg und Andern,[48] und ist verwirklicht in sehr vielen Provinzialgesetzen und Gesindeordnungen Deutschlands, die in ihrer grossen

45) Leyser, Spec. DXXXVII, med. 7. « und ist die Ursache, weil eigentlich die Absicht Gewinnst zu machen, das Wesentliche des Diebstahls. » Damit stimmt auch überein die C. C. C. Art. 166, wo diejenigen, die aus Not von essenden Dingen gestohlen haben, nicht einmal immer bestraft, sondern je nach den Umständen frei ausgehen.

46) So bestraft z. B. die Braunschweigische Constitution von 1725 solche Diebstähle mit perpetuierlicher Condemnation ad operas publicas, oder dem Spinnhause. Später erfuhr diese Strafe dann insofern eine Reduktion, als sie nicht mehr auf Lebenszeit gehen durfte. S. Preuss. Edikte von 1736; die Berlin. G. O. Tit. IV, § 3, Tit. VII, § 7 u. Tit. IX, § 9.

47) So z. B. wird nach der Oberlausitzer G. O. von 1767, Tit. VII, § 2, der Dienstbote, der weniger als 12 Thaler 22 Gr. an Geld oder Geldeswert gestohlen, oder auch nur einen einige Groschen oder Pfennige betragenden Diebstahl verübt hat, das erste Mal mit zweitägigem Gefängnis bei Wasser und Brot, das zweite Mal mit einer Gefängnisstrafe von 14 Tagen, und wenn auch diese Strafe ihn nicht von fernern Diebereien abzuhalten vermag, mit Zuchthaus bestraft. Nach der Braunschw. Verordn. von 1772, die Hausdiebstähle betreffend, Art. 2, wird derjenige Dienstbote, welcher einen Diebstahl im Betrag von unter 15 Thalern begeht, welches Alter er auch immer haben mag, « jeden Falls in den Karren, oder in das Zuchthaus auf Zeitlebens verurteilt ».

Die oesterr. G. O. vom 28. März 1787, § 9, 13 u. 34, bestraft den Gesindediebstahl unter 1 Gulden nur mit einer willkürlichen Strafe und zwar durch den Stadtrat in Wien, wenn der Dieb in der Stadt wohnt, und durch den Erb- und Gerichtsherrn, wenn er auf dem Lande wohnt. Beträgt der Diebstahl aber mehr als einen Gulden, so wird der Täter dem peinlichen Gerichte überliefert. (Siehe Dorn, § 97.)

48) Scheffer in s. Diss. Cap. III, § 5; Ayrer, Diss., C. 13; Quistorp in den Grundsätzen des teutsch. peinl. Rechts, I. Th., § 738; v. Justi in den Grundsätzen der polit. Wissensch., 20. Hptstück, § 332; Krüniz, Abhandlung vom Gesindewesen, S. 40; Hoff, über Gesindeverbesserungen, S. 44; Bergius, im Polit. u. K. Magazin, Art. G. O. § 9, not. *d*.

Mehrzahl die vom Gesinde an den Sachen ihrer Herrschaft begangenen Diebstähle mit dem Tode bestrafen.[49]

Quinstorp[50] sagt: « Ein eigentlicher Hausdiebstahl, der von Bedienten, die in Lohn und Brod des Bestohlenen stehen, ist sowohl wegen der gebrochenen Treue, als auch wegen der auf eine stärkere Art verletzten öffentlichen Sicherheit, besonders wenn keine unvermutete und ungesuchte Gelegenheit zum Stehlen veranlasst hatte, für schwerer als ein anderer Diebstahl zu halten.»

Salchow[51] nennt zur Begründung seiner Ansicht die C. C. C., welche den Hausdiebstahl unberücksichtigt lässt und führt im übrigen das veränderte Wesen der Dienstboten an, welches eine Anwendung der Grundsätze des römischen Rechts ausschliesse; umsomehr als ja sowohl die meisten Partikulargesetze wie auch der Gerichtsgebrauch eine erhöhte Strafwürdigkeit annehmen.

Schütze[52] geht aus von den in der P. H. G. O. vorgesehenen, sogenannten gefährlichen Diebstählen, denen schon die gemeinschaftliche Praxis gewisse andere Fälle hinzugefügt habe, so auch den Diebstahl der Hausgenossen, die nicht zur Familie gehören, wie Dienstboten, Gäste, Wirte u. s. w., « also die unter besonderm Vertrauensbruch begangenen Hausdiebstähle.»

Unterziehen wir schliesslich noch die Gründe, die von den Vertretern der verschiedenen Ansichten zur Erhärtung ihrer Behauptungen vorgebracht werden, einer genauern Untersuchung, so sehen wir, dass diejenigen welche die schärfere Bestrafung der Hausdiebstähle verteidigen, sich

---

49) So bestrafen die Hessenkasselschen Gesetze vom 1. Dezember 1752 den Dienstboten, der im Betrag von über 4 Th. gestohlen hat, immer mit dem Tode. Ebenso die Churf. Braunschweig. Gesetze von 1709 und 1710, wenn der Diebstahl mehr als 5 Reichstaler betrug. Aehnlich die Oberlaus. Gesetze, die nach dem Mandat von 1720 « wegen geschwinder Execution der Räuber und Diebe » und nach der G. O. von 1767, Tit. VII, § 1, gegen diebische Dienstboten die Strafe des Stranges, die sonst nur gegen Strassenräuber angewandt wurde, erkennen. Allerdings musste das gestohlene Objekt wenigstens 12 Th. 12 Gr. wert sein. Keinen Unterschied zwischen grossem und kleinem Diebstahl machen die meklenburgischen Edikte vom Jahr 1749, die den Hausdieb immer mit dem Tode bestrafen, während wir in der Chursächs. G. O. von 1769 wieder eine Limite von 12½ Th. finden. Etwas milder ist die Bestrafung im Herzogl. Würtemberg. Reskript vom 16. Oktober 1718, das Hofgesinde betreffend, indem hier nur der gefährliche Diebstahl nach Massgabe des Art. 159 der P. H. G. O. mit dem Tode bestraft wurde, und zwar der Mann mit dem Strang und das Weib mit dem Schwert. Aehnlich auch das Herzogl. Sächs. Edikt von 1626.

50) Quistorp, Grundsätze des peinl. Rechts, Bd. I, § 377.

51) Salchow, Lehrbuch des peinl. Rechts, Bd. II, § 365.

52) Schütze, Lehrbuch des Strafrechts.

hauptsächlich darauf berufen, dass, je grösser die Verbindlichkeit sei, welche das Gesinde gegen die Herrschaft habe, je mehr die häusliche Sicherheit und Treue verletzt werde, und je weniger man sich vor den Eingriffen der Dienstboten schützen könne, desto grösser auch der böse Vorsatz und desto notwendiger und gerechtfertigter also eine harte Bestrafung sei.[53]

Dem wird von den Andern entgegengehalten, dass, je leichter und günstiger die Gelegenheit und je grösser die Versuchung[54] desto geringer auch der Grad der Bosheit und Verworfenheit sei. Auch sagen sie, werde die Anwendung der Gesetze, die sich durch eine ungewöhnlich strenge Strafe auszeichnen, meistenteils von den Bestohlenen selbst umgangen, so dass infolgedessen in vielen Fällen der Schuldige unbestraft bleibt.[55] Ferner führen sie an, erzeuge die Unanwendbarkeit solch' harter Gesetze « nur einen grössern Reiz zu sündigen »[56] oder aber veranlassen sie den Täter auch im Falle ihrer Anwendung nur dazu, den Diebstahl mit grösserer Vorsicht und Verschlagenheit ins Werk zu setzen, wodurch folglich die Absicht des Gesetzgebers, welcher das Verbrechen an sich, nicht aber die Unbeholfenheit und Dummheit des Dienstboten, welcher die Spuren seiner Tat zurückgelassen hat, bestrafen will,[57] vereitelt wird. Als letztes Argument führen sie endlich an, das ungleiche Verhältnis in dem doch meistenteils das Verbrechen und seine Bestrafung stehen.[58]

---

53) S. Dorn, § 98.

54) Diesen Grund führen auch einige Gegner, wie Carpzow, Scheffer, Bergius und Krüniz an; doch glauben sie, dass man eben da, wo die Gelegenheit, Verbrechen zu begehen, leicht wäre, durch strenge Strafgesetze dem verbrecherischen Triebe entgegenarbeiten müsse.

55) So Struben in s. Rechtl. Bed., Tom. V, N. 40, und de la Croix in s. philos. Betrachtungen zur Verbesserung der peinl. Gesetzgebg., Cap. XI. S. auch Dorn, S. 244, Anmerkung *i:* « Gewiss nur wenige Herren würden in dem Fall, da sie von einem Dienstboten um ein paar Dukaten bestohlen worden, Bedenken tragen, die Gesetze zu hintergehen, wenn es bloss auf ihre Anzeige ankäme, dass der Dieb auf die Richtstätte geschleift und einem schmählichen Tode aufgeopfert würde. »

56) S. Dorn, § 99, S. 246.

57) De la Croix vergleicht unsere heutigen strengen Strafgesetze für den Hausdiebstahl mit den Gesetzen der Spartaner, die nicht das Verbrechen des Diebstahls bestraften, sondern den, der sich darüber erwischen liess.

58) Das ist besonders da der Fall, wo die Gesetze ohne Rücksicht auf den grössern oder kleinern Betrag des Diebstahls, oder auf die Art und Weise der Begehung, oder die Wiederholung des Verbrechens, in allen Fällen immer mit der schärfsten Strafe einschreiten, wie z. B. das Braunschweigsche Gesetz über Hausdiebstahl von 1710. Denn, frägt sich

Untersuchen wir die von den beiden Gegnern angeführten Gründe, so finden wir, sagt Dorn:[59] « dass die Erstern alles auf den Saz gebaut haben, dass die Strenge der Strafen die Menge der Verbrechen mindere. Allein so wie derselbe überhaupt längst von den berühmtesten Philosophen und Rechtsgelehrten[60] angefochten und seine Unbilligkeit, wie seine Unstatthaftigkeit dargetan worden; so hat auch die Erfahrung, besonders was den Hausdiebstahl anbelangt, die Trüglichkeit harter Gesetze ausser Zweifel gestellt. Und es sind deshalb auch an einigen Orten die harten Strafen, welche für das diebische Gesinde bestimmt waren, abgeändert und gemildert worden.[61] Hingegen scheint bei aller Vortrefflichkeit der Gründe, womit die Andern ihre Gegner widerlegt haben, kein vernünftiger Grund vorhanden zu seyn, warum der häusliche Diebstahl des Gesindes gelinder bestraft werden sollte, als der Diebstahl anderer Personen, und wenn sie sich deshalb auf die leg. 89 ff. de furtis[62] berufen, so zeigen sie nichts als eine Anhänglichkeit an das römische Recht, welches hier keine Anwendung findet. Uebrigens kann sich auch die den Hausdieben dargebotene Gelegenheit nicht zu einem so wichtigen Milderungsgrund qualifizieren, der von der ordentlichen Strafe des Diebstahls freimachte, da Untreue, Diebstahl und Verletzung der häuslichen Sicherheit[63] Motive sind, welche lange jenen mildernden Umstand aufwiegen.»

« Und es mögte daher die Meinung derjenigen am gegründetsten seyn, welche die gemeinen Grundsäze, die von dem Diebstahl überhaupt gelten, auch auf den häuslichen Diebstahl angewendet und das auf solche Art unredliche

Dorn (§ 99, Anm. *m*), « was hat das Gesetz alsdann für eine Strafe, wenn das Verbrechen den höchsten Grad erreicht hat? Was kann man noch tun, ohne unnötige Grausamkeiten zu begehen, ohne die Bosheit unbestraft zu lassen? Verdient der keine härtere Strafe, gegen den sein Herr gerecht, gütig, freigebig war, als der, welcher sich über die ungerechteste Härte von seinem Herrn beklagen konnte, oder der, welcher seinen Schrank erbricht und ihm die grössten Kostbarkeiten raubt, gegenüber dem, welcher ihm eine silberbeschlagene Tabakspfeife, deren schöner und häufiger Anblick ihn lüstern macht, entwendet?» S. auch Struben in s. R. B. V. Th., Bed. 4 C., § 2.

59) Dorn, § 99.

60) Gemeint sind: Beccaria, Burkhausen, Filangieri, Sonnenfels etc.

61) So die Braunschweigsche Verordnung vom 24. November 1772.

62) « Si libertus patrono, vel cliens, vel mercenarius ei, qui eum conduxit, furtum fecerit, furti actio non nascitur. »

63) Die Verletzung der häuslichen Sicherheit wurde, wie die der öffentlichen Sicherheit, von jeher als ein erschwerender Umstand angesehen. S. Quistorp. Gr. I. Th., § 378 f. u. Dorn u. a. O.

und untreue Gesinde, wie andere Diebe bestraft wissen wollen. Zumal ohnedem auch in den schärfsten Landesgesetzen Milderungsgründe, wodurch der Vorsatz entweder ganz aufgehoben oder geschwächt wird, zugelassen sind.»[64]

So die Behandlung des Hausdiebstahls in der Carolina und im gemeinen Recht.

4. Ueber den zweiten Teil unserer Betrachtung, nämlich den Familiendiebstahl, gibt uns der Artikel 165 der C. C. C. Aufschluss:

« Jtem so eyner aus leichtuertigkeit oder unuerstand etwas heymlich nem von güttern, der er sunst eyn nechster erb ist, oder so sich dergleichen zwischen mann vnd weib begeb, vnd eyn theyl den andern deshalb anklagen wird, sollen richter vnd ortheyler mit entdeckung aller Vmbstende bei den rechtsuerstendigen, vnd an orten vnd enden wie zu end dieser vnser ordnung engezeygt, radts pflegen, auch erfarn, was inn solchen fellen das gemeyn recht sei, vnd sich darnach halten, doch soll die oberkeyt oder richter in diesen fellen von ampts wegen nit klagen noch straffen.»

Ueber den Inhalt dieses Artikels, insbesondere über die Worte « denen er sonst ein nächster Erbe ist » herrschte, wie Wächter sagt, von altersher viel Streit.

Einige, worunter auch Carpzow,[65] glaubten, es handle sich hier um die Entwendung einer hereditas iacens und wollten infolgedessen auch die diesbezüglichen Bestimmungen des ius civile hierauf angewendet wissen, umsomehr als ausdrücklich das gemeine, das heisst das römische Recht angerufen wird.

Dem ist aber nicht so, da wir wissen, dass das crimen expilatae hereditatis nur durch Dritte und nicht einmal durch Miterben begangen werden konnte, während die Carolina gerade die nächsten Erben im Auge hat und zudem von der Wegnahme der Sachen des noch lebenden, künftigen Erblassers spricht.

Zweifelhaft ist aber einerseits, ob die Worte « deren er sunst eyn nechster erb ist » sich nur auf den nächsten Intestaterben,[66] oder ob sie sich auf Testaments-, Vertrags-

---

64) S. die Braunschweigschen Verordnungen wegen des Hausdiebstahls von 1725 und 1772 bei Struben im IV. Th. der R. B. Bed. 67 und V. Th., Bed. 40.

65) Carpzow, qn. 83, nr. 80.

66) So Westphal, Criminalrecht, Anm. 58, dem jedoch eine analoge Ausdehnung auf Testaments- und Vertragserben zulässig scheint.

und Intestaterben, d. h. auf die Erben, die zur Zeit ihres Diebstahls die vermutlich nächsten waren, beziehen,[67] und anderseits, falls nur die in concreto nächsten Intestaterben gemeint sind, ob diese entweder überhaupt, wie Feuerbach in seinem Lehrbuch § 350 annimmt, oder mit Beschränkung auf einen nicht zu entfernten Verwandtschaftsgrad, so Klien,[68] oder aber, ob alle bis zu einem gewissen Grade mit dem Erblasser verwandten Personen, ohne Rücksicht auf die Erbfolge im besondern Fall hierher gehören. So Konopak im a. Archiv des Crim. R. V. 5. 278 f.

Uebrigens sieht das Gesetz nur den Fall vor, wo der Täter, ohne das Bewusstsein seiner verbrecherischen Handlung zu haben einen solchen Diebstahl begeht, da die Worte « aus leychtfertigkeit oder unverstand » den dolus auszuschliessen scheinen, indem man von der Annahme ausging, es sei die Verworfenheit der Gesinnung des Täters nicht so gross gewesen, weil ja früher oder später die betreffenden Sachen doch in sein Eigentum übergegangen wären.

Liegen nun alle diese Tatsachen vor, so soll der betreffende Diebstahl, wie das Gesetz sagt, genau untersucht und nach Befragen der Rechtsverständigen arbiträr bestraft werden.

Ein weiterer streitiger Punkt ergibt sich aus dem Verbot des Einschreitens von Amteswegen und fragt es sich nun, welche Folge dann ein Strafantrag hatte.

Nach dem hier angerufenen römischen Recht dürfte gegenüber einem Teil der im Artikel 165 angeführten Personen, wie wir früher gezeigt haben, die Diebstahlsstrafen nicht zur Anwendung kommen, doch wäre es auch unrichtig, infolgedessen in allen Fällen auf Straflosigkeit zu schliessen, eine Annahme gegen die besonders Feuerbach[69] und Wächter[70] aufgetreten sind.

Eine andere Meinung, vertreten durch Tittmann in seinem Handbuch S. 385 geht dahin, es sei bei erhobener Klage nur auf eine mildere Strafe zu erkennen, wie z. B. Quistorp in seinen Grundsätzen des deutschen peinlichen Rechts behauptet. Er führt zur Bekräftigung dieser Ansicht die Constitutio Saxonica Electio VI. an, die bestimmte:

---

67) So Klein, Grunds., § 440; Grolmann, § 205; Tittmann, Handbuch, § 434; Martin, Lehrbuch, § 147.

68) Klien, System. Entw. der Entw. S. 379 ff. « die allernächsten Blutsverwandten ».

69) Feuerbach, Lehrbuch, § 348.

70) Wächter, Römisch-deutsches Strafrecht, S. 332.

« Wenn nahe Freunde innerhalb des vierten Grades, als Bruder und Bruderskinder einander bestehlen, und der Diebstahl gross ist, so werden sie mit der ordentlichen Strafe des Stranges billig verschont und sonsten willkürlich als mit Staupenschlägen und dergleichen bestrafet.»

Dies wurde auch in andern Gegenden Deutschlands von der Gerichtspraxis angenommen und in zahlreichen Urteilen bestätigt, wobei jedoch, entgegen einer vielverbreiteten Meinung, keine weitere Ausdehnung auf entferntere Verwandte oder auf Fremde, die den Verwandten beim Diebstahl behülflich waren, stattfand.

Was speziell den Diebstahl zwischen Ehegatten, Aszendenten und Deszendenten betrifft, so äussert sich die Constitutio Saxonica darüber folgendermassen:

« Wenn Mann, Weib oder Kinder einander bestehlen, und der Diebstahl gross ist, so sollen dieselben mit willkürlicher Strafe, jedoch nicht an Leib oder Leben, sondern mit Gefängnis, Verweisung und dergleichen bestraft werden.»

Quistorp selbst hat in seinem Entwurf zu einem Gesetzbuch in peinlichen- und Strafsachen 1782 folgende Bestimmungen aufgenommen:

« Ein Diebstahl, der zwischen Eltern und Kindern, Ehegatten die nicht in Gütergemeinschaft leben und nahen Verwandten begangen wurde, soll zur Schonung der Familienehre von Amteswegen nicht in Untersuchung gezogen werden. Wird jedoch geklagt, so soll der Täter je nach der Grösse des verursachten Schadens und nach seiner bösen Gesinnung mit Gefängnis von 8—14 Tagen bestraft werden. Für den Fall, dass der Täter flüchtig wird, so soll nicht nur auf Antrag, sondern ohne weiteres von Amteswegen vorgegangen werden und zur Habhaftwerdung solcher lasterhafter Leute aller nötiger Ernst gebraucht werden.»

Was diejenigen betrifft, die ohne ein Recht dazu zu haben einen Diebstahl an einer noch nicht angetretenen und in eines andern Besitz befindlichen Erbschaft begehen, so werden sie wie die in einem entfernten Grade mit dem Bestohlenen verwandten Personen nach den Vorschriften des gemeinen Diebstahls bestraft.

Das gleiche gilt für alle diejenigen, welche den nächsten Verwandten oder Erben bei einem Diebstahl behülflich sind und dafür entschädigt werden.

Gleichviel welche Art der Erledigung, ob Straflosigkeit oder Strafmilderung, man als die richtige ansieht, so ist doch eines zweifellos, dass nämlich bei beiden Lösungen immer Fälle übrig bleiben, die wohl von Art. 165 C. C. C.,

nicht aber von den einschlägigen Bestimmungen des gemeinen, d. h. römischen Rechts erfasst werden, so dass man bei der Interpretation des Artikels 165 C. C. C. am besten tut, wenn man Straflosigkeit für Diebstähle zwischen Ehegatten und gewissen nahen Verwandten annimmt, und im übrigen keine bestimmte Regel aufstellt. Mit dem Text der Carolina stimmen beinahe wörtlich überein die Constitutio Criminalis Bambergensis Art. 119 und die Brandenburgica Art. 193.

5. Von den spätern Gesetzbüchern erwähnen wir hier nur die beiden hervorragendsten, nämlich die Constitutio Criminalis Theresiana aus dem Jahre 1768, welche den Haus- und Familiendiebstahl noch ganz im Sinn und Geiste des gemeinen Rechts behandelt. So ist der Familiendiebstahl, welcher die Entwendungen « so zwischen Eltern und Kindern, Mann und Weib, oder zwischen nächsten Blutsfreunden vollbracht werden » umfasst, nicht wie der gemeine Diebstahl « Landgerichtlich, sondern nur bey der ordentlichen Civil-Obrigkeit zu untersuchen und gebührend abzubüssen.» Doch fällt diese Milderung dahin, « wenn die Entwendungen zwischen vorbemeldten Anverwandten oder Eheleuten mit beschwerenden Umständen begleitet wären, da ist auch in solch-beyden Fällen gegen die Thäter Landgerichtsmässig zu verfahren » (Art. 94 § 3). Unter Hausdiebstahl (Art. 94 § 11) versteht die Theresiana nicht nur den Diebstahl von Dienstleuten, Hausgenossen oder Taglöhnern an sogenannten Haussachen, sondern auch das « betrügerischer weiss vertragen, veräussern, oder wie immer unterschlagen » von Geldern oder andern Sachen die ihrer « Treue, Obhut und Verwaltung insonderheit » anvertraut worden waren.

Als Begründung der, bei dieser Art von Verbrechen vorliegenden « beschwerenden Umstände »[71] führt der Gesetzgeber an, dass man sich vor diesen Leuten « ihres habenden Dienstes und freyen Eintritts halber » nicht so leicht schützen könne, womit er auch die für alle diese Diebstahlsfälle einzig in Betracht kommende Todesstrafe zu erklären sucht.

6. Mehr Interesse als die Theresiana bietet uns das zweite Gesetzbuch, dessen wir hier erwähnen wollen, nämlich:

Das Allgemeine Preussische Landrecht aus dem Jahre 1794, da wir in ihm bereits die Verwirklichung neuer Ideen

71) Siehe die Ueberschrift des betreffenden Paragraphen, Art. 94, § 11 C. C. Th.

und eine modernere, den zu Grunde liegenden Verhältnissen besser gerecht werdende Auffassung unserer Materie vorfinden.

Was die Klassifizierung unseres Delikts anbetrifft, so schliesst sie sich derjenigen des gemeinen Rechts an.

Auch dieses Gesetz hat die Zweiteilung in Familien- und Hausdiebstahl aufgenommen.

Als Familiendiebstahl werden in den §§ 1133—1136 folgende Fälle betrachtet:

a. Entwendungen unter Eltern, Kindern, Ehegatten und Geschwistern.

b. Entwendungen anderer Verwandten, die sich in einer gemeinsamen Hauswirtschaft befinden und

c. Diebstähle von Pflegebefohlenen und Zöglingen an ihren Pflegevätern und Vormündern, oder deren Hausgenossen.

In allen diesen Fällen ist ein Einschreiten von Amteswegen untersagt, wird aber die Entwendung von demjenigen unter dessen Hauszucht der Täter steht gerügt, so tritt die gewöhnliche Strafe des Diebstahls ein.

Was den Ausdruck Hausgenossen (§ 1135) betrifft, so versteht das Gesetz darunter nicht die in einem Hause wohnenden Personen, sondern vielmehr nach § 1134 diejenigen, die sich in einer gemeinsamen Hauswirtschaft befinden. Denn sonst würde sich ja der Grundbegriff des Familiendiebstahls, dass der Bestohlene und der Täter zur gleichen Familie gehören und nur in diesem Kreise das Verbrechen begangen werden kann, verwischen. Wir müssen jedoch bemerken, dass sowohl in den unter *a.* als unter *c.* angeführten Fällen, zur Verwirklichung des deliktischen Tatbestandes, das Zusammenleben des Bestohlenen und des Täters in der gleichen Hauswirtschaft keineswegs erforderlich ist, was übrigens sowohl aus dem Gesetzestext selber, als auch aus dem Begriff des Familienbandes, das ja die Kinder, Geschwister und Mündel auch ohne ein Zusammenleben in der gleichen Haushaltung eng genug mit ihren Angehörigen vereint, hervorgeht.

Man kann sich nur noch fragen, ob der Gesetzgeber im § 1135 alle Schüler und Lehrer unter Zöglingen und Erziehern gemeint hat, oder aber, was anzunehmen ist, nur die Privaterzieher und Zöglinge in Pensionsanstalten, umsomehr, als ja nur in letzterm Falle die Fiktion eines Familienkreises Platz greifen kann.

Wie aber, wenn ein Zögling den im väterlichen Hause wohnenden Hauslehrer bestiehlt? Ist hier der Vater, oder

der Lehrer, oder beide antragsberechtigt? Die Lösung der Frage liegt wohl in der Interpretation des Wortes « Hauszucht ». Interpretiert man streng, so ist nur der Vater zur Rüge berechtigt, versteht man aber unter Hauszucht jede Disziplinargewalt, so ist es auch der Hauslehrer.

Keine Bestimmung finden wir im Gesetz über die Möglichkeit eines Rückzuges des Strafantrages, doch schloss sich die Praxis in diesem Punkte den beiden Rescripten[72] von 1795 und 1804 an, wonach der Antrag so lange zurückgenommen werden kann, als er noch nicht vollkommen begründet, dem Richter vorgelegt ist, bei einer spätern Zurücknahme aber regelmässig die Untersuchung weitergehen muss.

Ferner spricht sich das Gesetz darüber nicht aus, ob nicht zur Familie gehörige Teilnehmer oder Gehülfen des Diebstahls, auch des Privilegs teilhaftig sind, oder nicht. Nach unserer, sowie nach der heutigen allgemeinen Anschauung sind sie es nicht.

Den Hausdiebstahl definiert das Pr. A. L. R. in § 1137 als den, von Gesinde und Hausgenossen an demjenigen, in dessen Lohn und Brod sie stehen, oder an dessen Hausgenossen, verübten Diebstahl. Es ist das wie wir sehen insoweit eine Erweiterung des gemeinrechtlichen Begriffes, als nicht notwendig Gesinde als Täter und der Dienstherr als Geschädigter vorausgesetzt und gefordert werden, sondern auch Hausgenossen, sowohl als Diebe, wie als Bestohlene auftreten können, wobei man unter Hausgenossen wieder wie in § 1135 beim Familiendiebstahle alle in einer Hauswirtschaft lebenden Personen verstehen muss. Nach einem Reskript vom 14. November 1796 werden jedoch Mieter und Schlafgänger nicht dazu gerechnet.

Nach dem Pr. A. L. R. konnten also einen Hausdiebstahl begehen:

a. Alle Dienstboten.

b. Alle diejenigen Hausgenossen, « die in Lohn und Brodt » stehen, auf die aber der Begriff des Familiendiebstahls nicht anwendbar ist, wie Lehrlinge und Gesellen, die im Hause ihres Meisters wohnen.[73]

c. Handelsgesellschafter nach der Bestimmung des § 1131.

d. Vormünder an ihren Pflegebefohlenen gemäss § 1132.

---

72) Stengel, Bd. 2, S. 360, und Amelang, N. A. IV, S. 72.

73) Betreffend Fabrikarbeiter erschien ein besonderer Erlass im Jahre 1795. S. Paalzow Magazine, Bd. 3, S. 329, wonach Diebstähle derselben an den ihnen anvertrauten Materialien etc. als Hausdiebstähle angesehen werden sollen, und je nachdem der Betrag 10 Taler übersteigt oder nicht, Zuchthaus- oder Gefängnisstrafen einzutreten haben.

Bestohlener ist beim Hausdiebstahl nach dem Pr. A. L. R. der Hausvater oder dessen Hausgenossen in dem von uns erwähnten Sinne. Zu bemerken ist hier, dass gemäss § 1350 auch Unterschlagungen der betreffenden Personen als Hausdiebstähle angesehen werden und genau gleich bestraft werden wie diese.[74]

Was die Bestrafung des Hausdiebstahls betrifft, so macht das Gesetz den Unterschied zwischen einem kleinen und einem grossen Diebstahle. Bei ersterem tritt eine Verfolgung nur ein auf Antrag des Haus- oder Dienstherrn, gegen dessen Willen selbst der bestohlene Hausgenosse nichts vermag.[75]

Betreffend die Zurücknahme des Strafantrages gelten dieselben Regeln wie für den Familiendiebstahl.

Die Strafe ist die des gewöhnlichen kleinen Diebstahls (§ 1139), jedoch mit schärferer körperlicher Züchtigung, und wo diese unzulässig ist, eine höchstens vierwöchentliche Freiheitsstrafe.

Der grosse Hausdiebstahl wird immer von Amteswegen verfolgt.[76] Seine Strafe besteht neben einer scharfen Züchtigung, bestehend aus 15—30 Stockschlägen, in einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu drei Jahren (§ 1140).

Modernes Recht.

Wie wir bereits gezeigt haben, wurden schon in den ältesten uns bekannten Gesetzgebungen Diebstähle zwischen Angehörigen und Familiengenossen in einer andern Art und Weise behandelt als es bei Diebstählen gegenüber andern Personen geschah, und zwar ersehen wir aus der Verschiedenheit der Behandlung, sowohl was die Art der Qualifikation, als auch was ihren Umfang betrifft, dass die Gesetzgeber sich nicht überall von den gleichen Anschauungen leiten liessen. Schütze in seinem deutschen Strafrecht äussert sich darüber folgendermassen:

74) Hinsichtlich der Veruntreuungen an zum Transport übergebenen Gütern durch Schiffer und Fuhrleute bestimmen K. O. von 1824 und 1835, dass das Verbrechen hier eine Veruntreung bleibe, gleichwohl aber mit der Strafe des Hausdiebstahls zu bestrafen sei.

75) S. Reskripte vom 7. November 1812 und vom 20. August 1814 im jur. Jahrb. I, S. 272, u. III, S. 287.

76) S. Reskript vom 7. November 1812.

« Entwendungen verübt im Familienkreise, beziehungsweise innerhalb der Hausgemeinschaft tragen ein besonderes Gepräge das zu Ausnahmebestimmungen auffordert, und solche, wenngleich verschieden nach Grund und Inhalt, auch im Strafrecht aller Zeiten hervorgerufen hat.»

Auch die modernen Strafgesetzgebungen unterscheiden, wenigstens in ihrer Mehrzahl, den Hausdiebstahl vom Diebstahl zwischen Verwandten und Ehegatten. Während wir jedoch bis jetzt nur Gesetze angetroffen haben, in denen die Qualität als Dienstbote, Geselle, Lehrling u. s. w. als ein Grund der Strafschärfung, die Eigenschaft als Verwandter oder Ehegatte aber als ein Grund zur Strafmilderung oder Straflosigkeit war, so treffen wir nun im modernen Rechte Strafgesetzbücher an, die von andern Anschauungen und Grundsätzen ausgehend, auch den Hausdiebstahl nunmehr als privilegiertes Delikt ansehen. Denn wenn man die moralische Schuld des Täters ins Auge fasst, so muss man zugeben, dass zwischen den Entwendungen der Dienstboten, die in einer gewissen Intimität mit der Familie zusammen leben und infolge dessen die grösste Leichtigkeit zur Entwendung der, ihrer Obhut anvertrauten Sachen haben, und denjenigen der andern Familienglieder eine grosse Aehnlichkeit besteht. Ja die Schuld der Letztern scheint eigentlich noch grösser zu sein, wenn man bedenkt, dass das Vertrauen, das unter Ehegatten, Eltern und Kindern herrscht, grösser und auch selbstverständlicher ist, als dasjenige, das man zu einem Dienstboten haben kann. Dieser Auffassung sind in der Tat auch einige wenige Strafgesetze gefolgt, indem sie an Stelle der sonst üblichen mildern Behandlung die Banden der Ehe und Verwandtschaft als ein gravierendes Moment ansehen, wodurch das Delikt nicht zu einem privilegierten sondern zu einem qualifizierten gemacht wird. So z. B. das Strafgesetzbuch von Appenzell a. Rh. Art. 113, g, welches allgemein die Diebstähle zwischen Hausbewohnern als Straferhöhungsgrund betrachtet. Ebenso Waadt und Wallis.[1] Allerdings hat in diesen Fällen der Gesetzgeber weniger an das verwandtschaftliche oder eheliche Verhältnis als an die häusliche Zusammengehörigkeit im allgemeinen gedacht. Zur Rechtfertigung dieses Prinzipes liesse sich ungefähr folgendes anführen: Man lebt mit einigen Personen in einer so engen Verbindung oder Gemeinschaft, dass man seine Sachen vor ihnen nicht so leicht verwahren kann wie vor andern Leuten. Die Gelegenheit ist also grösser und es ist leichter für

1) Waadt, Code pénal, Art. 272, 2; Wallis, Art. 290, 2.

diese Personen, einen Diebstahl zu begehen, als für Dritte, die weniger gut zu den Sachen gelangen können. Es bedarf infolgedessen eines stärkeren Beweggrundes, um sie davon abzuhalten, und somit muss auch, um die Begehung dieses Deliktes zu verhüten die Strafe grösser sein; denn ein Verbrechen ist um so schwerer, je grösser die Pflicht ist, der man durch Begehung desselben zuwiderhandelt. Anderseits lässt sich aber auch anführen, dass gerade die nahe Verbindung dieser Personen der Grund dafür ist, dass sie die ihnen gehörenden Sachen gewissermassen als gemeinsames Gut betrachten, wie es z. B. unter Eheleuten oft vorkommt. Auch Kinder können leicht die Ueberzeugung haben, es gehöre das, was die Eltern besitzen, auch ihnen, da es ihnen nach deren Tode so wie so zufalle. Der Begriff des Diebstahls setzt nun aber eine fremde Sache voraus, so dass man sagen könnte, es sei in den vorliegenden Fällen der Deliktstatbestand gar nicht erfüllt. Diese und andere Erwägungen, vorwiegend Opportunitätsgründe, veranlassten die Mehrzahl der Gesetzgeber, nicht einen qualifizierten, sondern einen privilegierten Diebstahl anzunehmen. Wenn z. B. der französische Code pénal und seine Nachahmungen[2] trotz dieser augenscheinlichen grossen Aehnlichkeit der beiden deliktischen Tatbestände eine so sehr verschiedene Behandlung zulassen, so beruht das einzig und allein darauf, dass der Grund der Rücksichtnahme für den Diebstahl nicht besteht, das Gesetz in seiner ganzen Schärfe ihn also treffen kann, während anderseits das allgemeine Interesse den Frieden innerhalb der Familie erfordert und somit den Gesetzgeber verhindert, mit Strenge vorzugehen.

Da in den meisten neueren Gesetzgebungen der Haus- und Familiendiebstahl getrennt behandelt sind, so wollen wir auch hier in unserer Untersuchung diesem Prinzipe folgen. Betrachten wir somit zuerst den Hausdiebstahl und die Gründe seiner Auszeichnung in Theorie und Praxis.

I.

Die Einen sagen: Das Vertrauen das der Täter geniesst und die Möglichkeit Unheil anzustiften, die daraus entspringt, begründen eine Erhöhung der Strafe, sowohl weil sein Vertrauensbruch besonders schuldhaft ist, als auch weil die Strenge der Strafe ein Gegengewicht sein sollte, gegen die Verlockung, die sich aus der fortwährenden Gelegenheit zur Begehung eines Diebstahls ergibt. Umgekehrt kann

2) Genf, Waadt, Wallis etc.

man jedoch sagen, wird nicht diese gleiche Schuld infolge der Wichtigkeit ihrer Begehung, welche eine Erwägung des Diebstahls und eine Beharrlichkeit in dessen Vorbereitung nicht erfordert, vermindert, und ist eine Strafe ebenso notwendig, wenn man diejenigen, denen man sein Vertrauen schenken muss, nach eigenem Gutdünken und aus freiem Antrieb selbst wählen kann? Denn man muss in der Tat bei der Beurteilung der Strafbarkeit des Diebstahls die Leichtigkeit seiner Begehung in Berücksichtigung ziehen. Nur wenn man sich auf den reinen Opportunitätsstandpunkt stellen will, so kann man sagen, die Uebertretung des Gesetzes ist leichter, infolgedessen muss man sie härter bestrafen. Die Argumentierung dieses Prinzips, wie es von vielen Gesetzgebungen, z. B. dem Code pénal français und seinen Nachahmungen aufgenommen wurde, scheint uns aber nicht haltbar zu sein, denn bevor man die Nützlichkeit einer Strafe beurteilt, muss man die Unsittlichkeit der betreffenden verbrecherischen Handlung ins Auge fassen. Betrachtet man aber die Stellung und die Lage in der sich die Dienstboten u. s. w. befinden, so scheint uns, dass Nachsicht eher am Platze ist, als Strenge. Oft umgeben von Reichtum und Ueberfluss ist ihre Versuchung eine grosse, besonders wenn sie sehen, dass das, was für sie ein Vermögen ausmachen würde, von andern häufig einer Laune geopfert wird. In ihren Augen ist der Verlust für den Herrn unbedeutend, der eigene Gewinn aber hervorragend. Dazu tritt die jeden Augenblick sich erneuernde Gelegenheit sich an fremdem Eigentum zu vergreifen. Von solchen Erwägungen ausgehend, scheint uns deshalb die ausschliessliche Anwendung einer peinlichen Strafe, wie sie z. B. der französische Code pénal vorsieht, nicht angebracht. Dabei muss man festhalten, dass der Hausdiebstahl an und für sich ein gewöhnlicher Diebstahl ist, bei dem der einzig erschwerende Umstand, auf den man sich berufen kann, nicht an der Tat, sondern an der Person des Täters haftet. Infolgedessen sollte man sowohl der Gerechtigkeit wegen, als auch um durch den Ausspruch der gleichen Strafe gegen alle durch dieselben Beziehungen vereinigten Personen, die von Allen dem Gesetze gegenüber geschuldete Achtung zu statuieren, in gleicher Weise auch den Diebstahl des Herrn an seinen Bediensteten bestrafen. Diese Konsequenz ist denn auch von vielen Strafgesetzgebungen gezogen worden; so z. B. Tessin, Art. 365, a; Appenzell a. Rh., Art. 113, g; St. Gallen, Art. 59, u. s. w. Betrachtet man übrigens die beiden Fälle vom Standpunkt der Berechtigung einer Strafschärfung aus, so muss zugegeben werden, dass der Dieb-

stahl der Herrschaft zum Nachteile ihrer Dienstboten an Verwerflichkeit der Gesinnung dem umgekehrten Falle vorgeht. Was das oben erwähnte Opportunitätsprinzip anbelangt, so ist zu bemerken, dass Objekt des Hausdiebstahls meistens nur Sachen von sehr geringem Werte sind, so dass bei denjenigen Gesetzgebungen, die eine Strafschärfung vorsehen, in den häufigsten Fällen die Strafe in keinem Verhältnis steht mit der durch die Tat hervorgerufenen Störung der öffentlichen Ruhe.[3] Eine solche Verurteilung kann deshalb zu einer schweren Gefährdung und Verletzung des allgemeinen Rechtsbewusstseins führen. Infolgedessen wird das Gericht für einen Diebstahl von geringer Bedeutung, entgegen der Augenscheinlichkeit des zu Grunde liegenden Deliktes anstatt zur Erkennung einer Zuchthausstrafe zu einem Freispruch gelangen, um so das Uebermass der Strafe zu vermeiden.

Diesen Ausführungen halten die Vertreter des Strafschärfungsprinzipes folgende Einwendungen gegenüber:

Der Grund der Strafschärfung liegt in der unumgänglichen Notwendigkeit des Vertrauens, das man in seine Dienstboten u. s. w. haben muss. Dabei lässt sich allerdings anführen, dass die Schenkung des Vertrauens dadurch, dass man seine Leute selbst und nach eigenem Gutdünken auszuwählen befugt ist, keine erzwungene genannt werden kann. Diese Ungebundenheit in der Wahl besteht in der Tat, doch ist hier erst die Zeit nachher, in der man gebunden ist, von Bedeutung, und dann handelt es sich eben nicht mehr nur darum, ob man Zutrauen haben kann, sondern dasselbe muss auch gerechtfertigt werden. Was die zweite Behauptung betrifft, nämlich dass die Versuchung stärker, die Leichtigkeit zur Begehung der Tat grösser und somit auch Nachsicht gegenüber dem Täter am Platze sei, so führen sie dagegen folgendes an: Eben gerade weil die Versuchung verlockender, die Leichtigkeit grösser ist, muss man auf eine wirksamere Art der Bestrafung bedacht sein, denn die Strafe will neben ihren andern Zwecken auch einschüchtern und Furcht erwecken. Je grösser die Versuchung, desto grösser auch die allgemeine Gefahr. Würde man aber dieser Auffassung folgen, so käme man dazu, den Diebstahl einer Million für entschuldbarer zu halten, als den eines Rappens, da bei jenem die Versuchung grösser ist. Ferner werfen sie ihren Gegnern, was Diebstähle der Beamten betrifft, Mangel an Konsequenz vor, da für diese

3) So z. B. der franz. Code pénal, Art. 386, 3, der als alleinige Strafe die Zuchthausstrafe kennt.

die Bedeutung der Versuchung mehr als für alle andern in Frage komme. Da sie nun aber oft schärfer bestraft werden, als die gewöhnlichen Diebstähle, so kann man sich fragen, warum geht man nicht auch in gleicher Weise gegen den Dienstboten vor, der sich in Hinsicht auf die vom sittlichen Standpunkte aus zu betrachtende Verwerflichkeit der Tat in einer ganz ähnlichen Lage befindet. Gegen den Einwand, man bestrafe vielfach den Diebstahl, nicht aber den Vertrauensbruch[4] wird die Verschiedenheit dieser zwei Delikte in moralischer und materieller Beziehung geltend gemacht. Der Diebstahl entspringt immer einem vorhergefassten Willen, anders der Vertrauensbruch. Der Dieb nimmt die Sache weg, während derjenige, welcher veruntreut, nur zurückbehält was ihm anvertraut wurde und zwar in diesem Falle aus freiem Antrieb, da man hier seinen Gewährsmann frei auswählen und prüfen konnte, ob sich das zu schenkende Vertrauen rechtfertige.

Als Grundlage jeder Strafgesetzgebung gilt wohl der Grundsatz, dass die Strafe immer der sittlichen Verwerflichkeit der Missetat angepasst sein soll, so dass den Abstufungen der verbrecherischen Gesinnung diejenigen der Strafe entsprechen. Man spricht nun oft von der bedauernswerten Lage in der sich die Bediensteten befinden, ohne an die viel schlimmere Lage derjenigen zu denken, die nicht wie sie bezahlt, verpflegt, logiert und oft noch bekleidet werden und infolgedessen mehr Mitleid verdienen. Denn Letztere begehen den Diebstahl aus äusserster Not, während Erstere als einzigen Beweggrund ihre Habsucht anführen können. Was den Einwand betrifft, die Fixierung einer allzustrengen Strafe habe in der Praxis keine Bestrafung zur Folge, da sich der Richter z. B. scheue für einen Diebstahl von geringem Wert die Zuchthausstrafe auszusprechen, so ist er berechtigt, insofern man nur die materielle Seite, den Wert der entwendeten Sache in Berücksichtigung zieht. Anders wenn anstatt der Grösse, die Schwere des Diebstahls in Betracht gezogen wird, was. wie die Anhänger der Strafschärfung sagen, beim Hausdiebstahl zu geschehen hat. Damit wird jedoch nicht verlangt, dass gegen den Hausdieb immer eine schwere, z. B. die Zuchthausstrafe ausgesprochen wird, sondern nur dass sie überhaupt ausgesprochen werden kann.

Zusammenfassend können wir sagen, die Meinung der Vertreter des Strafschärfungsprinzips geht dahin, dass der

4) So der franz. Code pénal, der vol und abus de confiance unterscheidet.

Hausdiebstahl ausser der Verletzung eines positiven Rechtssatzes noch diejenige eines, dem Täter eigentümlichen sittlichen Gebotes umfasst. Diese Abgrenzung zwischen der innerlichen Kriminalität des Hausdiebstahls und derjenigen des gewöhnlichen Diebstahls zwingt den Gesetzgeber aus Rücksicht auf die besondere Art des zu Grunde liegenden Tatbestandes und auf das allgemeine Rechtsbewusstsein, eine schärfere Strafe zu statuieren, um dadurch nicht nur den Gesetzen der Sittlichkeit, ohne welche es auch keine guten Strafgesetze gibt, zu entsprechen, sondern auch um ein notwendiges Element für die Ruhe und Sicherheit innerhalb der Familie zu schaffen.

Gegen diese Ausführungen ist folgendes einzuwenden:

Einmal in geschichtlicher Beziehung: Die alten Gesetze haben den Hausdiebstahl mit einer ausnahmsweisen Strenge geahndet, da sie aber auf einer andern sozialen Grundlage als die unsrige standen, so haben sie jegliche Bedeutung verloren. Man kann nicht aus Gesetzen, die auf einer sozialen Ungleichheit der ihnen Unterworfenen beruhen, ein Argument bilden für die Herstellung einer Unterscheidung zwischen gewissen Personen in einem Staatsgebilde, das als oberstes Prinzip die Gleichheit Aller vor dem Gesetze kennt.

Betrachten wir nun das oben erwähnte Prinzip, nämlich die Herstellung der Kompensation zwischen dem Gewinn, den sich der Täter zu machen verspricht und der Strafe, und eine jedesmalige Vermehrung dieses Gegengewichtes, wenn der Trieb grösser ist. Folgen wir diesem System so würden wir dazu kommen, den Einbruchsdiebstahl mit einer geringern Strafe zu belegen als den einfachen Diebstahl, weil der Dieb dort mit grössern Schwierigkeiten zu kämpfen hat; bei Misshandlungen würde das Vorliegen einer Provokation anstatt einen mildernden, einen erschwerenden Umstand ausmachen u. s. w. Will man verneinen, dass das Delikt, dessen Begehung langer Ueberlegung und grosser Vorbereitungen bedarf, zu dessen Gelingen der Täter zwecks Ueberwindung aller Hindernisse angestrengtester Arbeit und einer besonders verschlagenen Gesinnung bedarf, dasjenige ist, welches mit der strengsten Strafe geahndet werden muss, weil es den höchsten Grad von verbrecherischer Gesinnung erheischt? Treffen wir nun aber beim Hausdiebstahl auch solche Verhältnisse an? Sicherlich nicht. Für die Dienstboten liegt eine fortwährende Versuchung vor und die Entwendung erscheint ihnen als leicht zu vollbringen, ferner kommt bei nur halb rechtschaffenen Personen häufig die Ueberlegung in Betracht, die Tat bringe ihnen einen bedeutenden Gewinn und bedeute

für den Herrn nur einen geringen Verlust. Unterliegt der Bedienstete der Versuchung, so begeht er zweifellos eine strafbare Handlung, jedoch sucht man darin vergebens den so hohen Grad von Verworfenheit der Gesinnung, der eine Kriminalstrafe rechtfertigen würde. Was die im französischen Code pénal gemachte Unterscheidung von Diebstahl und «abus de confiance» betrifft, wonach die eine Tat, weil mit Ueberlegung begangen, strafbarer sei als die andere, ist zu bemerken, dass gerade beim Hausdiebstahl wohl in den seltensten Fällen lange Ueberlegung vorliegt, so dass wenn man die Strafwürdigkeit der Tat in diesem Moment suchen will, eine mildere und nicht eine härtere Strafe Platz greifen sollte. Zeigen wir noch an einem Beispiel die Ungerechtfertigkeit der Strafschärfung gerade für diesen Fall. Stiehlt ein Dienstbote die Uhr seines Herrn in dessen Zimmer, so muss er in Frankreich zu einer Zuchthausstrafe verurteilt werden. Gibt ihm aber der Herr die Uhr, um sie zum Reparieren zu bringen, und entwendet der Dienstbote sie jetzt, so kann ihn nur eine, im Maximum zwei Jahre betragende Gefängnisstrafe treffen, anstatt umgekehrt, wenn man zwischen den beiden Begehungsarten überhaupt einen Unterschied machen will. Alles das zeigt uns deutlich, dass für die Art des Diebstahls, die uns hier beschäftigt, das Bedürfnis einer Strafschärfung infolge der besonderen Art und Weise der verbrecherischen Gesinnung nicht besteht. Es bleibt uns schliesslich noch übrig einen letzten Punkt, nämlich die Bedeutsamkeit der Strafe zu betrachten. Im allgemeinen zu sagen, eine schwere Strafe verhindere nicht die Begehung von Missetaten würde zu weit führen. Doch ist sie nur dann geeignet, den Uebertretungen vorzubeugen, wenn sie das allgemeine sittliche Empfinden befriedigt, auch in diesem Sinne angewendet wird, und dem allgemein herrschenden Gerechtigkeitsgefühle entspricht. Auf solche Weise könnte man verhindern, dass, wie es gegenwärtig unter der Herrschaft des Code pénal français geschieht, die meisten Hausdiebstähle anstatt vor dem zuständigen Schwurgericht vor korrektionellem Gericht abgeurteilt werden, und das nur deshalb, weil man von den Geschworenen keinen Wahrspruch erlangen würde, der für einen Diebstahl im Betrage von wenigen Franken eine wenigstens fünfjährige Zuchthausstrafe ausspräche. Anerkennen aber die Gerichte, indem sie von der Befugnis zur Umgehung des eigentlich zuständigen Gerichtshofes Gebrauch machen, in konstanter Praxis dass eine Strafe zu streng ist, so muss zugegeben werden, dass sie besser nicht mehr aufrecht erhalten würde,

um einer gerechteren, den Bedürfnissen besser entsprechenden Bestrafung Platz zu machen.[5]

Betrachten wir nun die heute geltenden Strafgesetzbücher selber, so sehen wir, dass nicht nur was die Art und Weise der Bestrafung, sondern auch was die genaue Feststellung des Begriffes Hausdiebstahl betrifft, grosse Verschiedenheit herrscht. Wir können drei verschiedene Arten der Regelung unserer Materie unterscheiden:

1. Einmal begegnen wir einer Reihe von Strafgesetzbüchern, die gleich wie für den Familiendiebstahl es auch für den Hausdiebstahl unterlassen, besondere Bestimmungen aufzustellen, so dass infolgedessen die gewöhnlichen Diebstahlsstrafen zur Anwendung kommen. Von den neuern ausländischen Strafgesetzen vertritt unseres Wissens keines diesen Standpunkt, wohl aber einige schweizerische Kantone, wie Appenzell I. Rh. und Nidwalden.[6] Nur den Hausdiebstahl lassen unbeachtet: Bern, Basel etc.

Merkwürdigerweise ist auch das neue Neuenburgische Strafgesetzbuch vom Jahre 1891 dieser Auffassung gefolgt, indem es einzig den Diebstahl des Wirtes an seinen Gästen und umgekehrt in qualifizierender Weise auszeichnet.

2. Zahlreicher sind die Gesetzgebungen, die in der Tat einen Grund zu schärferer Bestrafung erblicken, sei es dass sie wie der französische Code pénal Art. 386, Abs. 3 eine höhere Strafart, z. B. immer Zuchthaus statuieren, oder aber die Betrafung mit Angabe gewisser Grenzen dem richterlichen Ermessen überlassen. So das österreichische Strafgesetzbuch, Art. 176, Belgien Art. 464, Genf Art. 322, Abs. 1, Waadt Art. 272, Abs. 1, Thurgau Art. 141, Graubünden Art. 164, Abs. 1, Schaffhausen Art. 213, Abs. 7, Freiburg Art. 233, Abs. 3 und 10, Tessin Art. 365, Abs. 1, Neuenburg, altes Gesetz Art. 215, Abs. 2, Wallis Art. 290, Abs. 2 und 3, Zürich Art. 163, Luzern Art. 202, Abs. 2 c, Obwalden Art. 100 g, Appenzell A. Rh. Art. 113, Abs. 9, Schwyz Art. 71 c, Aargau Art. 150 n—r, St. Gallen Art. 59, u. s. w.

Die einen dieser Gesetzbücher begnügen sich mit einer allgemeinen Fassung und Umschreibung der am Diebstahl beteiligten Personen, während andere wieder eine genaue Aufzählung derselben vornehmen; z. B. der Code pénal français und seine Nachahmungen. So spricht das Strafgesetzbuch des Kantons Tessin Art. 365, Abs. 1, allgemein

5) In diesem Sinne wurde z. B. auch der Art. 644 des Code pénal belge abgeändert.

6) Die kein kodifiziertes Strafrecht besitzen.

von Diebstählen mit Missbrauch der nahen Beziehungen, die zwischen Dieb und Bestohlenem bestehen, auch wenn diese nur vorübergehend und zufällig sind, und führt dann beispielsweise an, Diebstähle, die sich aus einem häuslichen Dienst-, Gast- oder Wohnungsverhältnis ergeben, « cive di servicio domestico, convitto, allogio etc.» Aehnlich Art. 59 des St. Gallischen Strafgesetzbuches, der von der Verletzung eines nahen Vertrauensverhältnisses spricht, z. B. wenn ein Hausgenosse einen andern bestiehlt. Ebenso Thurgau, Art. 141, g. Genauer bezeichnen den Täter der französische Code pénal Art. 386, Abs. 3, und das Strafgesetzbuch Genfs Art. 322, Abs. 1, « domestique ou homme de service à gages ». Sie fügen noch bei: auch wenn diese den Diebstahl gegen Personen, in deren Diensten sie nicht standen, die sich aber im Hause ihres Herrn, oder in demjenigen, in das sie ihr Herr mitnahm, befanden. Als zweite Klasse von Leuten nennen sie sodann: Arbeiter, Gesellen und Lehrlinge für Diebstähle, begangen im Hause, der Werkstatt oder im Laden ihres Meisters, oder eine Person die sonstwie dauernd am Ort ihres Diebstahls beschäftigt ist. Aehnlich äussern sich die Kantone Neuenburg, a. Gesetz Art. 215, Abs. 2 und 3, Waadt Art. 272, Abs. 1 und 2, Wallis Art. 290, Freiburg Art. 233, Abs. 9 und 10, und Graubünden Art. 164, Abs. 1, deren erste drei bis an die Worte « gérant et commis », die im Freiburgischen Gesetz fehlen, wörtlich gleich lauten. Sie führen als Täter an: Dienstboten, Arbeiter, Geschäftsführer (gérants), Commis, Lehrlinge, oder alle andern Angestellten. Ferner muss der Diebstahl begangen sein zum Nachteil des Herrn, des Meisters, oder einer andern im Hause befindlichen Person, oder aber im Gegensatz zu den Gesetzbüchern von Frankreich, Genf, Thurgau, Graubünden, Aargau, Schaffhausen und Schwyz, zum Schaden des Untergebenen, wenn der Diebstahl vom Herrn oder Meister selbst begangen wurde. So auch Tessin und Luzern. Ausserdem rechnen sie hierher Diebstähle, begangen in einem Hause oder in einer Wohnung, Werkstatt, Magazin etc. und deren Dependenzen durch eine Person die darin wohnt oder freien Zugang hat, sei es als Gast, Pensionär oder auf Grund irgend einer Beschäftigung, gleich ob dauernd oder vorübergehend, besoldet oder nicht besoldet.[7] Die schärfere Bestrafung des diebischen Herrn ist zweifelhaft für die Kantone Zürich, Appenzell a. Rh. und St. Gallen. Letzterer spricht, wie wir schon früher gezeigt haben,

---

7) S. Waadt, Art. 272, 2; Wallis 290; Neuenburg, Gesetz v. J. 1836, Art. 215, 2.

in Art. 59 allgemein von Verletzungen eines besondern Vertrauensverhältnisses, führt dann aber als Beispiel an, « wenn ein Hausgenosse einen andern, ein Angestellter seinen Vorgesetzten oder Angehörige desselben bestiehlt.» Stellt man nur auf das Vertrauensverhältnis ab, so muss man, da die Diensten, Arbeiter, Lehrlinge u. s. w. zu ihrer Herrschaft doch sicherlich auch Vertrauen haben können, auch den diebischen Herrn schärfer bestrafen, betrachtet man aber das in Art. 59 aufgestellte zweite Beispiel, so muss man, wenn man die Aufzählung als eine abschliessende ansehen will, «e argumento e contrario», die Zulässigkeit einer schärfern Bestrafung verneinen. Dasselbe gilt auch für Art. 113, g, des Strafgesetzbuches von Appenzell a. Rh. Die Strafe wird erhöht bei: « Diebstählen zwischen Hausbewohnern, zu denen auch solche gehören, welche für Lohn oder Kost nur zeitweise im Hause Dienste leisten und deswegen darin Zutritt haben, von Wirten an ihren Gästen, von Dienstboten an ihren Dienstherrn oder an den Seinigen.» Aehnlich auch Zürich, Art. 163, der von Diebstählen der Hausgenossen untereinander, « besonders von Dienstboten am Eigentum des Dienstherrn oder der Seinigen » spricht. Hier scheint uns allerdings der Gesetzgeber keine abschliessende Aufzählung der in Frage kommenden Personen geben zu wollen, so dass auch der Dienstherr und seine Angehörigen zu ihnen zu rechnen sind.

Aargau unterscheidet fünf Fälle: *n.* Diebstähle von einem Angestellten am Ansteller, *o.* von einem Lehrling am Lehrmeister, *p.* vom Gast am Gastfreund oder Wirte, *q.* vom Wirte an einem Gast, *r.* von einem Haus- oder Zimmergenossen am andern.»

Schaffhausen, Art. 213, Abs. 7, umfasst nur die Diebstähle « durch die in Dienstmiete stehenden Personen,» « z. B. auch Handwerker, Taglöhner und andere, denen man vermöge der ihnen aufgetragenen Geschäfte freien Zugang gestattet, an ihren Dienstgebern.» Anders Obwalden, Art. 100, g, der von einem Lohn- oder Kostverhältnis ausgeht und ausser den Diebstählen am Meister und Hausherrn auch die Diebstähle an den, mit ihm in der gleichen Haushaltung Lebenden schärfer bestraft. Ebenso Zürich, Art. 163, Luzern, Art. 202, und Appenzell a. Rh., Art. 113, g. Schwyz, Art. 71, c, führt neben den Diebstählen, begangen durch Dienstboten, Angestellte und Lehrlinge an ihrem Herrn oder Meister noch an « die Diebstähle von aufgenommenen Reisenden gegenüber ihren Herrschaften oder von Herumziehenden gegenüber den Besitzern abgelegener Wohnungen.» Eigenartig ist die Fassung des Art. 202, Abs. 2 c,

des luzernischen Strafgesetzbuches: « Der Diebstahl wird durch den Betrag des Gestohlenen zum Verbrechen:

2. wenn der Diebstahl wenigstens 20 Fr. beträgt und zugleich verübt wurde:

c. an Personen, denen der Täter besonders verpflichtet ist, insbesondere von Lehrlingen an Lehrmeistern . . . von einem Zimmergenossen am andern etc.»

Viele Gesetze führen besonders an die Diebstähle der Wirte und ihrer Angehörigen an ihren Gästen, so Wallis, Art. 290, Graubünden, Art. 164, Abs. 2, Schaffhausen, Art. 213, Abs. 7, Obwalden, Art. 100, e, Appenzell a. Rh., Art. 113, g, Genf, Art. 322, Abs. 2, Thurgau, Art. 141, g, Waadt, Art. 272, Abs. 3, und Freiburg, Art. 233, Abs. 11.

Auch noch den umgekehrten Fall zeichnen aus die Kantone Aargau, Art. 150, p und q, Neuenburg (1891), Art. 362, St. Gallen, Art. 59, Tessin, Art. 365, Abs. 1.

So die Strafgesetzgebungen mit dem Strafschärfungsprinzip.

3. Weniger zahlreich, wenigstens was die schweizerische Gesetzgebung anbelangt sind diejenigen Strafgesetzbücher, die im Hausdiebstahl ein weniger strafwürdiges Delikt, als es der gewöhnliche Diebstahl ist, erblicken. Diese Auffassung vertrteten: Das deutsche Reichsstrafgesetzbuch, § 247, 1, der schweizerische Vorentwurf aus dem Jahre 1903, Art. 80, die Strafgesetzbücher der Kantone Solothurn, Art. 152, und Zug, Art. 119, die sämtlich das Erfordernis eines Strafantrages statuieren. Ob auch Bern dazu gehört, werden wir weiter unten zeigen. Am ausführlichsten äussert sich das deutsche Reichsstrafgesetzbuch in § 247, Abs. 1: « Wer einen Diebstahl oder eine Unterschlagung gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher begeht, oder wer einer Porson, zu der er im Lehrlingsverhältnisse steht, oder in deren häuslicher Gemeinschaft er als Gesinde sich befindet, Sachen von unbedeutendem Werte stiehlt oder unterschlägt, ist nur auf Antrag zu verfolgen. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.»

Wir sehen hier, wie auch in den andern oben zitierten Gesetzen zum ersten Male, wie uns ein Rückblick auf unsere historische Entwicklung zeigt, den Hausdiebstahl im engen Zusammenhang mit dem Familiendiebstahl, mit dem er sich benahe identifiziert, vereint behandelt.[8] Wir treffen nicht mehr die beiden, früher einander stets gegenüberstehenden Begriffe von Angehörigen, wie Verwandten und Ehe-

8) Einer gewissen Aehnlichkeit der Behandlung begegneten wir schon im römischen Recht.

gatten einerseits, und von Bediensteten anderseits, sondern nur noch den einzigen, beide umschliessenden Begriff der Familienzugehörigkeit.

Das relative Antragserfordernis des § 247, Abs. 1 R. St. G. B., d. h. die Verfolgung des Diebstahls ist nicht eine unbedingte, sondern nur bei gewissen persönlichen Beziehungen des Täters zum Verletzten von einem Strafantrag abhängig, bezieht sich sowohl auf den einfachen wie auf den schweren Diebstahl (§ 243) auch wenn er im wiederholten Rückfall verübt wird.[9] Der Absatz I unterscheidet zwei Hauptfälle: Die Tat ist bei gewissen persönlichen Beziehungen des Täters zum Verletzten ohne Rücksicht auf den Wert des Objektes, bei andern Beziehungen lediglich dann «nur auf Antrag zu verfolgen», wenn «Sachen von unbedeutendem Wert» gestohlen sind.[10] Hierbei muss die Frage, ob die gestohlene Sache «von unbedeutendem Werte» sei, von Fall zu Fall beurteilt werden. Ist der Diebstahl von Mehreren gemeinsam begangen worden, so kommt nach Schwarze, Kommentar Nr. 14, Abs. 2, der Gesamtwert des Gestohlenen auch dann in Betracht, wenn nicht alle der Mittäter im betreffenden persönlichen Verhältnisse zum Verletzten stehen sollten.

Da derjenige, welcher in einem solchen Verhältnisse steht, als Mittäter für die Tat in ihrem ganzen Umfange verantwortlich ist, muss für die Beantwortung der Frage, ob der Diebstahl nur auf Antrag verfolgbar sei, auch der Gesamtwert des gestohlenen Gutes in Berücksichtigung gezogen werden. Dasselbe gilt für den Fall wo der Diebstahl mehrere Gegenstände umfasste. Antragsberechtigter ist der Verletzte, das heisst derjenige, gegen den der Diebstahl begangen wurde.[11]

Was den Diebstahl gegen den Lehrherrn bezw. die Dienerschaft betrifft, so muss nach der Fassung des § 247, Abs. 1, angenommen werden, die Tat müsse gegen sie selbst verübt worden sein, so dass also die Verfolgung eines Diebstahls gegen eine andere zur gleichen «häuslichen Gemeinschaft» gehörige Person einen Antrag nicht erfordert.[12] Unter der Bezeichnung «zu der er im Lehrlingsverhält-

9) S. Olshausen, Kommentar N. 1; Meves N. 1; Rubo, § 244, N 1; Rüdorff N. 3.

10) S. Olshausen, S. 932.

11) Näheres darüber, sowie über die Frage, ob der Diebstahl sowohl das Eigentumsrecht als auch die Gewahrsamsordnung verletze, siehe weiter unten bei der Behandlung des schweiz. Vorentwurfs.

12) S. Olshausen N. 4; Meves N. 4; Rüdorff St. N. 6; Schwarze N. 10; Rubo N. 9.

nisse steht » sind sowohl Gewerbe- als Handlungslehrlinge gemeint, [13] und zwar ist als Lehrling jeder anzusehen, der bei einem Lehrherrn zur Erlernung eines Gewerbes in Arbeit tritt, gleich ob gegen Lehrgeld oder ohne solches, oder ob für die Arbeit Lohn ausbezahlt wird oder nicht.

Wichtiger ist die Feststellung des Begriffes « häusliche Gemeinschaft.» Man hat darunter eine solche Gemeinschaft zu verstehen, wie sie unter zusammenwohnenden Angehörigen oder Familiengliedern zu bestehen pflegt (so Merkel H. H. 4, 415, Schwarze Nr. 12 und Rubo Nr. 11), die infolgedessen einen freien Zutritt zu den Gegenständen gewährt.[14] Das Wohnen im gleichen Hause bedingt also nicht notwendig « eine häusliche Gemeinschaft ». Auf der andern Seite ist ein solches Wohnen aber auch nicht unbedigt erforderlich, da der Begriff « des Hauses » hier alle Räumlichkeiten umfasst, welche den Diensten zu ihrem unmittelbaren Gebrauch zur Verfügung stehen, gleichgültig in welchen Gebäuden sie sich auch befinden.[15]

Unter « Gesinde » versteht man die Dienstboten, welche die von der Herrschaft benötigten persönlichen und häuslichen Dienste leisten, im Gegensatz zu den gewerblichen Arbeitern, so dass z. B. Gesellen nicht darunter fallen. Nach Olshausen Nr. 7 kann man in den Worten « sich befindet » oder auch schon «steht » eine Andeutung auf « ein dauerndes Dienstverhältnis » nicht erblicken. Anderer Meinung ist v. Schwarze Nr. 9.

Den schweizerischen Vorentwurf vom Jahre 1903, der in Art. 80 nur von Personen die mit dem Täter in dem gleichen Haushalt leben, spricht, werden wir unten eingehender behandeln.

Das solothurnische Strafgesetzbuch Art. 152 spricht kurz von Diebstählen gegen Personen, zu denen man in einem Anstellungsverhältnisse steht, oder in deren häuslicher Gemeinschaft man sich als Dienstbote befindet. Ebenso Zug. Art. 119: Nur auf Antrag werden verfolgt: « Diebstähle gegen Personen in deren Lohn oder Kost der Täter steht.»

Was endlich Bern betrifft, so benutzen wir hier den Anlass, um vorerst über die historische Entwicklung unserer Materie, soweit sie uns im bernischen Rechte bekannt ist, einige Angaben zu machen.

---

13) Merkel, H. H. 4, 414; Meves N. 4; Olshausen N. 6; Schwarze N. 10; Rubo N. 9; Rüdorff N. 6.

14) S. Olshausen N. 7; Berner S. 558; Frank N. II, 1.

15) S. Meves N. 7, Olshausen N. 7.

Die älteste bernische Rechtsquelle, die Handfeste, welche der Stadt Bern angeblich am 15. April 1208 von Kaiser Friedrich verliehen wurde, enthielt wohl Bestimmungen über Aufruhr und Hausfriedensbruch, Mord, Zweikampf, Freiheitsberaubung, Schlaghändel u. s. w., aber eine ganz ungenügende Regelung der Vermögensdelikte. Das einzige was wir darüber wissen ist, dass derjenige welcher gestohlenes Gut oder falsche Münzen mit sich trug, wie ein Mörder von jedermann ergriffen werden durfte.[16] Im übrigen galt das gemeine, deutsche Recht, wie es in den Rechtsbüchern des 13. Jahrhunderts aufgezeichnet ist.[17]

Die Gerichtssatzungen von 1539, 1614 und 1761[18] entwickelten und ergänzten das Strafrecht der Handfeste, liessen aber dem gemeinen Rechte noch weiten Raum, so dass z. B. Bestimmungen über den Diebstahl noch gänzlich fehlten. Wie Mutach in seinem « Substanzlichen Underricht von Ger.- und Rechts-Sachen » aus dem Jahre 1709 bezeugt, richtete sich die Stadt Bern « nach Beschaffenheit der Fählen in vielem » « nach des Käysers Caroli dess Fünfften peinlicher Halssgerichts-Ordnung.» Gemäss der Ankündigung im Titel seines Werkes « auch wo über eine Materi die Bernischen Gesatz keine Meldung thun, kürtzlich beigefügt wird, was die allgemeinen Rechten darüber versehen», führt der Herausgeber häufig die Carolina an, so dass er die Bestimmungen derselben für das Strafrecht als die allgemeinen Rechte ansah.[19] Wir können infolgedessen annehmen, dass auch bei uns Art. 165 C. C. C. Anwendung gefunden hat, obgleich in den Urteilen der Gerichte die Carolina nicht ausdrücklich erwähnt wurde. Denn Gesetzeskraft kam ihr nie zu, da Bern schon seit dem Schwabenkrieg die Reichsgesetze nicht mehr als verbindlich anerkannte. Gleichwohl blieb für Kriminalurteile die Formel « nach kaiserlichen Rechten » üblich, die dann aber im Jahre 1730 durch die Worte « nach bernischen Rechten » ersetzt wurde. Was den Hausdiebstahl betrifft, so stellt Mutach, da in der C. C. C. wie wir gesehen haben nichts darüber enthalten ist, selbständig folgende Bestimmungen auf:[20] « Der Hauss-Dieb-

16) S. Stooss, Strafgesetzbuch des Kts. Bern, S. 1 ff.

17) S. oben unter « Gemeines Recht ».

18) Gerichtssatzung von 1539, herausgegeben von J. Schnell in der Zeitschrift f. schw. R., Bd. 20, Heft I u. II. « Der Statt Bern vernüwerte Gerichts-Satzung. Getruckt zu Bern. Im Jar 1615 ». « Erneuerte Gerichts-Satzung vor die Stadt Bern und derselben Teutsche Städte und Landschaften. Bern 1762.

19) S. Stooss, S. 2.

20) S. Samuel Mutach, Substantzlicher Underricht von Gerichts- und Rechtssachen. Z. f. schw. Str. R. VIII, S. 360.

stahl, so da begangen wird vom Haussgenossen, welcher gemeinlich nach den umbständen auch harter als der gemeine Diebstahl gestrafft wird, weilen vor den Haussgenossen nicht alles, wie vor frembden verschlossen werden mag.»

Das am 4. Juni 1716 gemäss Beschluss der « Grossen Rahts-Versammlung » erschienene « Grosse Mandat der Stadt Bern »[21] spricht im Abschnitt 8 « vom Stälen », ohne jedoch auf eine eingehendere Behandlung unserer Materie einzutreten. Aehnliche mangelhafte Gesetzeszustände herrschten auch in den übrigen schweizerischen Strafgesetzgebungen. Von den innerschweizerischen Kantonen befasst sich allein das Landbuch von Uri aus dem Jahre 1823 in Art. 122 mit unserem Stoff: « Wer mit einer Frau, Kind oder Dienstboten fleischlich zu schaffen hätte, und von denselben etwas abnähme, das nicht ihr, sondern des Vaters, der Mutter, des Ehemanns oder des Meisters Gut wäre, und so auch gegenseitig, solle solches angesehen werden, als habe er es gestohlen, und solle auch dafür nach Umständen, nebst Rückstattung des Empfangenen, bestraft werden.» Andere Gesetzesbestimmungen über den Haus- und Familiendiebstahl enthalten die Landbücher nicht.[22] Man darf aber daraus nicht folgern, dass vorkommende Verbrechen dieser Art nicht bestraft wurden. In Schwyz und Zug z. B. half die Carolina aus, in den übrigen Kantonen teils das Herkommen, teils die allgemeine Ansicht, dass jede Beschädigung, jede Entwendung strafbar sei. Die Strafe selbst wurde meist willkürlich nach dem Grade des Verbrechens und oft auch nach der Individualität des Verbrechers gemessen.

So lagen die Verhältnisse bis zum 1. April 1799, an welchem Tage der Grosse Rat der helvetischen Republik das Inkrafttreten eines helvetischen peinlichen Gesetzbuches beschloss, welches vom Senat am 4. Mai 1799 bestätigt wurde. Dasselbe ist ein fast wörtlicher Auszug aus dem französischen Strafgesetzbuch von 1791 und regelt in den §§ 170 und 172 unsere Materie im Sinne einer Strafschärfung.

§ 170, Abs. 1. « Wenn ein Diebstahl im Innern eines Hauses verübt wurde, durch jemand der darin wohnt oder zu Tische geht, oder gewöhnlich einen bezahlten Dienst oder

21) S. Grosse Mandat der Statt Bern. Wider allerhand im Schwang gehende Laster: Derselben sich zu entzeühen. Und dargegen sich eines tugendsamen, Gottseeligen Lebens zu befleissen. 1716.

22) S. Das Strafrecht der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug und Appenzell, von Constantin Siegwart-Müller. St. Gallen, 1833, S. 86 u. 89.

Arbeit darinn zu verrichten hat, oder der darinn unter dem Titel der Gastfreundschaft aufgenommen ist, so wird der Täter mit achtjähriger Kettenstrafe belegt.» Die gleiche Strafe tritt auch ein für Diebstähle in Gasthöfen, Herbergen, öffentlichen Bädern und bei Traiteurs (§ 172, Abs. 1).

§ 172, Abs. 2. «Jeder Diebstahl, der in einem solchen Hause entweder vom Hauswirt oder von seinen Leuten gegen diejenigen, die sie darinn aufgenommen haben, oder durch diese gegen die Hauswirte, oder jede andere in diesen Häusern aufgenommene Person begangen würde, wird mit 8 jähriger Kettenstrafe belegt.»

Obgleich im Jahre 1803 die Kantone die gesetzgebende Gewalt wieder zurückerhielten, beschloss doch die Regierung des Kantons Bern durch Verordnung vom 27. Juni 1803, « einstweilen und bis eine eigene vaterländische Gesetzgebung in peinlichen Sachen wird bearbeitet werden können », das helvetische Gesetzbuch als subsidiäre Rechtsquelle neben der bernischen Gerichtssatzung fortbestehen zu lassen.[23] Ein « Gesetz vom 15. März 1836 betreffend Diebstähle » spricht in Art. 19 zum ersten Male von « Diebstählen von Familiengenossen »: « Diebstähle zwischen Ehegatten und zwischen Anverwandten oder Verschwägerten die in einer Familie zusammenleben, sollen, wenn der Werth des Gestohlenen ersetzt worden, bloss auf die Anzeige des Familienhauptes, und Diebstähle, welche Pflegebefohlene etc. gegen Pflegeeltern begehen, wenn der Wert des Gestohlenen ersetzt worden, nur auf die Anzeige ihrer Pflegeeltern verfolgt werden, und ohne diese darüber keine Untersuchung von Amtswegen stattfinden.» Diese Bestimmungen hatten Geltung bis zum 1. Januar 1867, dem Tage des Inkrafttretens des noch heute geltenden Strafgesetzbuches des Kantons Bern, dessen Artikel 214, Abs. 1 und 3 folgendermassen lautet: « Diebstähle, welche zwischen Ehegatten, zwischen Verwandten und Verschwägerten in auf- und absteigender Linie, zwischen Verschwägerten im zweiten Grade der Seitenlinie oder zwischen andern Verwandten, sofern dieselben in der nämlichen Haushaltung leben, begangen werden, dessgleichen Diebstähle von Minderjährigen zum Nachteil ihrer Vormünder, Pflegeltern, Erzieher und Vorgesetzten oder anderer Personen, mit denen sie in der nämlichen Haushaltung leben, sollen nur auf Klage des Beschädigten oder desjenigen, dem der Täter untergeben ist, verfolgt und bestraft werden.»

23) S. Stooss, S. 7.

Wie wir sehen berücksichtigt der Artikel nur den Familiendiebstahl, da wir auch die Diebstähle von Minderjährigen zum Nachteil ihrer Vormünder, Pflegeltern etc. hierherzählen, so dass wir den Hausdiebstahl in Bern, gleich wie in Neuenburg, Basel, Appenzell-I.-Rh. und Nidwalden, nach den allgemeinen Diebstahlsbestimmungen bestrafen müssen. Was den Familiendiebstahl anbelangt, so fällt uns an der Redaktion des Artikels zweierlei auf: Einmal das Nichterwähnen der Geschwister als privilegierte Personen, was wohl einer Nachlässigkeit des Gesetzgebers zuzuschreiben ist, und ferner die Frage, ob sich die Worte « sofern dieselben in der nämlichen Haushaltung leben » wirklich nur auf « zwischen andern Verwandten » beziehen sollen, oder ob nicht vielmehr diese Bedingung auch für die Verschwägerten im zweiten Grade der Seitenlinie bestimmt war.

Da kein Grund für erstere Auslegung spricht, so nehmen wir das letztere an.

II.

Was den Diebstahl unter Verwandten und Angehörigen betrifft, so treten uns vier Arten der Regelung entgegen:

1. Es ist überhaupt jede Bestrafung eines unter solchen Umständen begangenen Diebstahls ausgeschlossen.

2. Anstatt der Verfolgung von Amteswegen wird das Erfordernis eines Strafantrages aufgestellt, womit oft noch eine mildere Bestrafung verbunden ist.

3. Eine dritte Möglichkeit, wonach das Gesetz eine mildere Bestrafung ohne weiteres zulässt, finden wir nur im Ta-Tsing-Leu-Li Chinas, lu 272. [24] [25]

4. Es tritt eine schärfere Bestrafung ein, wie z. B. im Kanton Appenzell-A-Rh.,[26] da hier nur allgemein der « Diebstahl zwischen Hausbewohnern » ausgezeichnet ist.

5. Es werden überhaupt keine besondern Bestimmungen für den Hausdiebstahl aufgestellt, so dass die gewöhnlichen

---

24) S. Die Strafgesetzgebung der Gegenwart, Bd. I.

25) Auch Pfenninger in seinem Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Kanton Uri, 1894, hat dieses Prinzip aufgenommen. Art. 39, *a:* « Familiendiebstahl wird unter Angehörigen mit Arbeitshaus, Gefängnis oder Verweis bestraft. » In seinen Motiven zu Art. 39 führt er folgendes an: « Der Artikel fasst geringere Fälle von Diebstählen und Unterschlagungen zusammen. Der Familiendiebstahl unter Angehörigen wird mit geringerer Strafe bedroht, jedoch nicht als Antragsverbrechen behandelt. Die mildere Auffassung kommt in der alternativen Zulässigkeit von Gefängnis und Verweis zum Ausdruck. Aber auch hier sehr schwere Fälle nicht selten sind und die Teilnahme in Betracht fällt, so ist Arbeitshaus nicht beschränkt auf 5 oder 2 Jahre, sondern kann in seiner ganzen Ausdehnung zur Anwendung kommen.

26) Str. G. B., Art. 113, *g*.

Diebstahlsregeln zur Anwendung kommen müssen. So Neuenburg, Waadt, Wallis u. s. w.

Was den ersten Fall betrifft, so sehen wir dieses Prinzip verwirklicht im deutschen Reichsstrafgesetzbuch, § 247, Abs. 2, im französischen Code pénal, Art. 380, im italienischen Strafgesetzbuch, Art. 433, in den Strafgesetzbüchern Belgiens, Art. 462, 492 und 504, Spaniens, Art. 580, und Portugals, Art. 431, sowie mit einer gewissen Einschränkung im « Scharî'ah », dem Strafgesetzbuch der Türkei, aus dem Jahre 1858, das uns durch seine eigenartige Fassung besonders auffällt. Artikel 216 spricht von einem Diebstahl zwischen Ehegatten oder Verwandten in gerader Linie, der nur Verbindlichkeiten zum Schadenersatz zur Folge hat. Ist jedoch der Täter ein gewohnheitsmässiger Dieb, der den angerichteten Schaden nicht ersetzen kann, so wird er mit Gefängnis bestraft. Ferner enthält der Art. 216 den Zusatz: « ohne Rücksicht darauf, ob sie gemeinschaftlich oder getrennt leben », was sich aus der orientalischen Sitte, dass ein Mann, der mehrere Frauen hat, diesen verschiedene Häuser, oft sogar entfernte Orte als Wohnsitz anzuweisen pflegt, erklärt.[27]

Ferner nehmen Straflosigkeit an die Gesetzgebungen Preussens vom Jahre 1851 und Badens vom Jahre 1845, sowie die Strafgesetzbücher mehrerer schweizerischer Kantone wie Freiburg, Tessin, Genf, Neuenburg (altes Gesetz) und Solothurn.[28] Freiburg, Artikel 244, berücksichtigt dabei die Diebstähle zwischen Ehegatten und Verwandten, oder Verschwägerten in auf- und absteigender Linie, zwischen Verschwägerten im zweiten Grade, der Seitenlinie oder zwischen Bruder und Schwester oder Collateralen im zweiten Grade, die in der gleichen Haushaltung leben. Tessin, Artikel 367, § 1 a—c nur die Diebstähle zwischen nicht geschiedenen Ehegatten, Aszendenten und Deszendenten und Geschwistern, welche zusammen wohnen. Genf, Art. 317, und Neuenburg, Art. 206, lassen nur zivilrechtliche Folgen eintreten bei Diebstählen zwischen Ehegatten, Aszendenten und Deszendenten, sowie bei Diebstählen des Witwers oder der Witwe an Sachen des verstorbenen Ehegatten. Genf zählt auch noch die Verschwägerten gleichen Grades dazu.[29] Solothurn, Art. 152, lässt straflos die Entwendungen zwischen Ehegatten, und von Aszendenten an Deszendenten. Das d.

27) S. Strafgesetzgebung der Gegenwart, S. 731.

28) Freiburg 1874, Art. 244; Tessin, Art. 367, § 1 *a—c*; Genf 1874, Art. 317; Solothurn 1885, Art. 152; Neuenburg 1856, Art. 206.

29) Gleich wie Genf auch der französische Code pénal.

R. St. G. B. spricht nur von Diebstählen, oder Unterschlagungen von Verwandten aufsteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den andern. Ebenso auch Portugal. Die übrigen Angehörigen verfolgen beide nur auf Antrag. Italien gestattet kein Verfahren gegen denjenigen, der einen Diebstahl begangen hat zum Nachteil seines gesetzlich nicht getrennten Ehegatten, seiner Aszendenten und Deszendenten oder eines Bruders oder einer Schwester, die mit ihm in der gleichen Familie wohnen. Auch der schweizerische Vorentwurf ist zuerst, teilweise wenigstens, diesem System gefolgt indem Art. 70 des Stoosschen Entwurfes von 1894 die Bestimmung enthielt: « Wer den Ehegatten, sein Kind oder Grosskind bestiehlt, bleibt straflos.»

Fragen wir uns nun wieso der Gesetzgeber überhaupt jede Bestrafung der Tat, auch wenn ein Strafantrag des Verletzten vorliegt, verbot, so können wir als Grund dieses weitgehenden Privilegs anführen:

Einmal die Rücksicht auf das allgemeine sittliche Empfinden überhaupt und die Scheu durch eine entehrende Bestrafung von Ehegatten oder nahen Verwandten, wegen an und für sich nicht so schweren, verdammenswerten Verbrechen, die diesen geschuldete Pietät zu verletzen.

Temme in seinem « Strafrecht der Schweiz » sagt: « Es handelt sich hier um einen Diebstahl der ausgezeichnet ist um der Heiligkeit der Familienbande und der Ehre willen.»

Aehnlich äussert sich auch Schütze, der die schonende Rücksicht auf Bestand und Friede des Familienbandes, beziehungsweise der häuslichen Verhältnisse hervorhebt.

Anderseits war die Meinung des Gesetzgebers bei der Strafloserklärung die, dass für die Begehung einer solchen Tat durch einander so nahe stehende Personen eine Strafverfolgung überhaupt nicht am Platze sei, da sie anstatt ihren Zweck zu erfüllen die Verhältnisse der Beteiligten nur verschlimmern würde.

Wir haben bereits gesehen, dass auch die römischen Juristen sowie die Verfasser der C. C. C. und der ihr verwandten Strafgesetzbücher von diesen Gesichtspunkten geleitet wurden. Allerdings wird in der Karolina vor allem die minder verbrecherische Gesinnung des Täters betont, da ja die Tat, wie wir bereits früher gezeigt haben, « aus Leichtfertigkeit oder Unverstand » begangen werden musste, andernfalls die gewöhnliche Diebstahlsstrafe Platz griff.

Tittmann[30] sagt, der Dieb müsse geglaubt haben, der Diebstahl am Ehegatten oder künftigen Erblasser sei ohne

30) Tittmann, Handbuch des Strafrechts, Bd. II, S. 383 ff.

Wichtigkeit, und es war das auch in der Tat die gemeinrechtliche Auffassung, welche auf besonders schwere Diebstähle gegen Ehegatten und « nächste Erben » den Artikel 165 C. C. C. nicht angewendet wissen wollte.

Was das römische Recht betrifft, so haben wir bereits gezeigt, wann und warum die Verfolgung durch die actio furti ausgeschlossen war. Der Grund der Versagung dieser Klage lag nicht sowohl in der Meinung, dass die Ehegatten, infolge der bestehenden Lebensgemeinschaft während der Dauer der Ehe ein Verfügungsrecht über das gesamte Vermögen haben, so dass ein furtum an den Sachen des andern Ehegatten, da ja die rechtswidrige Gesinnung fehlte, nicht möglich war, sondern man wollte, trotzdem ein furtum begangen worden war, aus Opportunitätsgründen auf dem Wege des Privilegs die Anstellung der infamierenden actio furti nicht zulassen. Dies geht ganz deutlich aus l. 1. D. De act. rer. amot. 25, 2 und l. 15 § 1. D. cod. hervor.

Fragen wir uns was die römischen Juristen zur Aufstellung dieses Privilegs veranlasste, so wird in lex. 2. D. cod. als Grund dafür angegeben, die Rücksicht auf das Ansehen der Familie; « in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur.» Ebenso l. 22 § 4. C. cod.: « propter matrimonii pudorem non furti, sed rerum amotarum actionem habeat.»

Jedoch müssen wir je nach der Person des Diebes zwei Fälle unterscheiden. Entweder, der Diebstahl wurde von den Eltern an Sachen der Kinder begangen, zum Beispiel vom paterfamilias am peculium des Haussohnes oder am Vermögen des emancipatus, oder aber umgekehrt von den Kindern an Sachen ihrer Eltern. Im erstern Fall lag der Grund der Unterdrückung der actio furti, wie beim Diebstahl unter Ehegatten in der Achtung und dem Ansehen der Familienehre. Anders, wenn das Kind der Täter war. Hier war nach l. 17. pr. D. de furtis 47, 2 ausschlaggebend das dem pater familias im römischen Recht zustehende Züchtigungsrecht, wodurch die Anstellung der actio furti überflüssig gemacht wurde.

In den modernen Rechten, die das Prinzip der Straflosigkeit aufgenommen haben, ist die ratio legis wohl in der Scheu einer Verletzung des allgemeinen sittlichen Empfindens, in der schonenden Rücksicht auf den Bestand und Frieden der Familie und Ehe zu erblicken.

Im gleichen Sinne äussert sich auch Hälschner,[31] der als

31) Hälschner. Das gem. deutsche Strafrecht II, 1, S. 306.

Grund das unter diesen Personen obwaltende sittliche und Pietätsverhältnis angibt. Nach seiner Ansicht macht das Gesetz die Straflosigkeit nicht vom Mangel irgend eines Momentes im gesetzlichen Tatbestande des Deliktes abhängig, sondern bestimmt vielmehr dass, obwohl der Diebstahl und die entsprechende, die Strafbarkeit bedingende Verschuldung vorliegt, eine Bestrafung nicht stattfinden solle, und zwar deshalb, weil das sittliche Verhältnis der betreffenden Personen nicht dadurch gestört werden soll, dass sie sich in einem Strafverfahren als Beklagter und Verletzter gegenüber stehen. Ferner führt er an, dass sich unter den genannten Personen bis zu einem gewissen Grade die scharfen Grenzen des Privateigentums verwischen.

Nach Merkel[32] handelt es sich einerseits um die Frage, ob das gerichtliche Einschreiten nicht eine Störung sittlicher, oder anderer bedeutsamer Verhältnisse zur Folge haben werde, mit welchem der Wert der Bestrafung in keinem Verhältnis steht, anderseits darum, ob das zwischen den Beteiligten bestehende intime Verhältnis nicht den Charakter der Tat in einer Weise beeinflusse, welche die Voraussetzungen der gesetzlichen Strafdrohung in Wegfall bringt.

In diesem Sinne äussert sich auch Schwarze.[33] Als Gründe führt er an, ein in der Regel geringeres Mass der Schuld, da die Sache nicht in dem Grade, wie die eines Dritten, dem Täter als fremde erscheine. Auch könne der Täter eher auf die Nachsicht eines Verwandten, als auf die eines Fremden hoffen.

Binding[34] gibt in seinem Handbuch als Grund der Straflosigkeit an, den ungenügenden Gehalt an Widerrechtlichkeit, das heisst, der Staat glaube die Autorität der Normen auch ohne Strafe aufrecht erhalten zu können. Die Privilegierungsgründe wurzeln nach ihm in der grössern Angreiflichkeit der erwähnten fremden Sachen und in dem mildern Lichte, worin dem Täter sein Angriff auf fremdes Eigentum erscheint.

Damit weicht Binding allerdings von der Meinung ab, die er in seinen Normen Bd. II, S. 476, vertritt. Hier schliesst er sich ganz der Ansicht Hälschners an, der es. als mit der Heiligkeit der Familie im Widerspruch stehend betrachtet, dass in einem wegen eines Diebstahls erhobenen Strafprozess der Sohn als Denunziant dem eigenen Vater als Denunziat gegenüber tritt.

32) In Holzendorffs Handbuch, III, S. 711.

33) Schwarze. Kommentar zu dem Reichsstrafgesetzbuche, § 247.

34) Handbuch des Strafrechts, S. 622 u. 666.

Nach Merkel, der mit dieser Motivierung Hälschners nicht einverstanden ist, steht der aufgestellte Schuldausschliessungsgrund keineswegs ausser Zusammenhang mit der Schuldfrage, eben gerade weil sich zwischen genannten Personen bis zu einem gewissen Grade die Eigentumsgrenzen verwischen.

Binding kann dem nicht beipflichten, da nach seiner Ansicht die betreffende Privilegierung nur einen Sinn hat, wenn der Vorsatz zum Diebstahl nicht wegfällt, da nur dann die Handlung zum Antragsdelikt gemacht, oder straflos belassen werden könne.

Wir kommen zum zweiten Fall der Regelung unserer Materie, nämlich dem Erfordernis eines Strafantrages.

Wie in allen Fällen, wo das Gesetz die Verfolgung eines Deliktes an den Antrag des Verletzten knüpft, war es auch hier die Absicht des Gesetzgebers nur diejenigen Fälle der Strafverfolgung zu unterbreiten, bezüglich deren das Interesse des Verletzten an der Bestrafung die gegenteiligen Interessen überwiegen, da das Gesetz durch Erteilung des Antragsrechtes anerkennt, dass beim Verletzten begründete Interessen, die für die Straflosigkeit der Tat sprechen, vorhanden sein können. Und zwar betrachtet es diesen Antrag weder als Symptom der Beweisbarkeit des Deliktes, noch der mangelnden Einwilligung des Verletzten in die Verletzung, noch des Aergernisses, das durch das betreffende Delikt erregt wurde.[35]

Aufgenommen wurde dieses Prinzip in vielen deutschen, sowie in den meisten schweizerischen Strafgesetzbüchern.

Das Bayrische Strafgesetzbuch[36] von 1813 und ebenso das Oldenburgische von 1814 lassen Entwendungen zwischen Ehegatten und Geschwistern, zwischen Kindern und Eltern nur auf vorherige Anzeige des Bestohlenen, oder desjenigen dem sie in der Familie untergeben sind, bestrafen.

Aehnlich verlangten Württemberg (1839), Hannover (1840), Hessen (1841), und Nassau (1849) die Klage des Geschädigten oder des Familienhauptes, liessen aber ausserdem noch mildere Bestrafung eintreten.

Nur auf Anzeige des Geschädigten und mit milderer Strafe bedrohten das Delikt das Sächsische Strafgesetzbuch

---

35) S. Binding, Handbuch des Strafrechts.

36) Bayern, Art. 228; s. auch bairisches Gesetz vom 25. März 1816, Art. 12: ausdrückliches Verlangen des Beschädigten.

vom Jahre 1838 (Art. 237) und das Thüringische vom Jahre 1850 (Art. 224), während die spätern sächsischen Gesetzbücher aus den Jahren 1855 und 1868 solche Diebstähle nur « auf Antrag » und milder bestrafen.

Die österreichischen Strafgesetzbücher[37] von 1803 und 1852 bestrafen nur auf Ansuchen des Familienhauptes und zwar nur mit der Strafe für Uebertretungen; das ungarische Strafgesetzbuch vom Jahre 1878 (Art. 342) nur auf Antrag des verletzten Teils.

In der Schweiz sind es die Kantone: Graubünden, Obwalden, Schaffhausen, Luzern, Zürich, Bern, Solothurn, Thurgau, Schwyz, Zug, Tessin, Basel und St. Gallen, wovon neben dem Antragserfordernis noch eine mildere Strafe statuieren die Kantone: Graubünden, Zürich, Aargau, Obwalden und Tessin.[38]

Was den privilegierten Personenkreis anbelangt, so stimmen die sämtlichen angeführten Gesetzgebungen nur für Diebstähle zwischen Ehegatten, Aszendenten und Deszendenten überein, die von allen erwähnt werden. Im Strafgesetzbuch des Kantons Tessin, das zwischen getrennt und nicht getrennt lebenden Ehegatten unterscheidet, kommen hier nur die Erstern in Betracht, weil, wie wir schon früher gezeigt haben, Letztere überhaupt straflos bleiben (Art. 367, § 1 und 2).

Neben den Blutsverwandten werden noch die Verschwägerten in auf- und absteigender Linie beigezogen in Graubünden, Basel, Zug, Bern und Schaffhausen. Obwalden spricht allgemein von Verschwägerten, die in der gleichen Haushaltung leben. Diebstähle zwischen Geschwistern werden besonders erwähnt in den Strafgesetzbüchern von Thurgau, Graubünden, Schaffhausen, Zug, Obwalden und Basel, ferner mit dem Erfordernis des Beisammenwohnens in Schwyz, Aargau und Tessin. Ueberhaupt alle in derselben Familiengemeinschaft zusammenlebenden Verwandten berücksichtigen: Thurgau, Zürich, Schaffhausen, Bern, Basel, St. Gallen und Graubünden. Letzteres spricht auch noch von den in der gleichen Haushaltung lebenden verschwägerten Personen. Ferner werden ausgezeichnet Diebstähle von Pflegekindern an ihren Pflegeeltern in Bern, Basel,

37) Gesetz von 1803, II. Teil, Art. 210 u. 213 und Gesetz von 1852, §§ 460 u. 463.

38) Graubünden (1851) Art. 165, Aargau (1857) Art. 156, Schaffhausen (1859) Art. 214, Luzern (1861) Art. 212, Zürich, § 170, Bern (1867) Art. 214, Solothurn (1886) § 152, Thurgau (1841) § 143, Schwyz (1881) § 74, Zug (1877) § 119 *a*, Tessin (1873) § 367, 1 *a*, Basel (1872) § 145, St. Gallen, Art. 64, Obwalden (1865) Art. 102.

Schaffhausen und Aargau, den umgekehrten Fall nur in Schaffhausen und ebenso die Diebstähle an Vormündern und Erziehern in Zürich, Bern, Basel, St. Gallen, Solothurn, Zug, Luzern und Schaffhausen. Was die Milderung der Strafe betrifft, so stellen nur zwei Kantone dafür ein bestimmtes Mass auf. Zürich sagt: solche Fälle sollen « nur mit der Hälfte der verwirkten Strafe belegt werden », (§ 170), ähnlich auch Tessin (Art. 367, § 2).[39]

In allen diesen Fällen überlässt es nun das Gesetz dem Bestohlenen oder, wenn dieser handlungsunfähig ist, seinem gesetzlichen Vertreter, da bei ihnen Befähigung und Veranlassung in erster Linie dazu vorhanden sind, zu beurteilen, ob die Bedingungen vorliegen, unter welchen ein strafgerichtliches Einschreiten als begründet und zweckentsprechend erscheint. Im allgemeinen ist zu bemerken, dass da wo das Gesetz an Stelle der sonst eintretenden Offizialverfolgung das Erfordernis des Strafantrages statuiert, der Grund der Privilegierung offenbar die Scheu vor dem Eindringen der Strafbehörden in den intimen Kreis des Familienlebens, im eigenen Interesse des Verletzten ist, da durch die Veröffentlichung der verbrecherischen Tat eines Ehegatten, oder eines nahen Verwandten, durch deren Bestrafung und durch die dabei oft nicht zu umgehende Aufdeckung der verschiedensten, nicht für die Oeffentlichkeit bestimmten Familienbeziehungen, häufig weit grösseres Unheil angerichtet wird, als durch die Tat selbst. Berner äussert sich darüber in seinem Lehrbuch des deutschen Strafrechtes § 160 folgendermassen: « Gewisse Verbrechen, wie namentlich Ehrenkränkungen etc. in engen Grenzen selbst Diebstähle und Unterschlagungen beeinträchtigen das allgemeine Interesse und das öffentliche Wesen nur in geringem Masse und sind vorwiegend Verletzungen der betroffenen Privaten. Sie können nicht vor ein Strafgericht gezogen werden, ohne dass dadurch die Würde und Weihe der Familie gestört würde, so der Ehebruch und nicht minder der Familiendiebstahl.»

Der Staat geht daher gegen solche Verbrechen nicht von Amteswegen vor, sondern wartet den Antrag des verletzten Teiles ab. Erfolgt der Antrag innerhalb einer gewissen Frist nicht, so gilt das Verbrechen als verziehen.

Was endlich die dritte Möglichkeit betrifft, nämlich die mildere Bestrafung, so ist es zweifellos, dass diejenigen Gesetze, welche eine mildere Strafe als für die übrigen Dieb-

39) Art. 367, § 2: «. . . e la pena si diminuisce di un grado.»

stähle statuieren, gleichviel ob sie nur auf Antrag oder auch ohne solchen eine Verfolgung zulassen, davon ausgehen, dass das Verhältnis der Verwandtschaft oder Ehe mit dem Bestohlenen die Schuld des Täters geringer erscheinen lässt.[40]

Fragen wir uns schliesslich noch welche Gründe nach dem heutigen Stande der Strafgesetzgebung für die Privilegierung der von uns behandelten Delikte, sei es durch das Erfordernis eines Strafantrages oder sei es durch gänzliche Strafloserklärung, ausschlaggebend sind, so können wir sagen, das Motiv sei einzig und allein die Rücksicht auf die Schonung der Pietät. Den Beweis dafür erbringt uns die Redaktion der meisten modernen Strafgesetzbücher.[41]

Die Untersuchung unseres Stoffes hat gezeigt, dass uns bei dessen richtiger Beurteilung heute nicht mehr die gleichen Anschauungen leiten dürfen, die für das römische und für das gemeine Recht Geltung hatten.

Die feste Gestalt der römischen Familie ist verschwunden, die moderne Familie erfreut sich nicht mehr der gleichen Zusammengehörigkeit und Geschlossenheit, die aus der römischen Familie eine starke und respektierte Einheit im Staate machte.

Unsern, vor allem den Nutzen in die Augen fassenden Sitten ist der höhere, edlere Charakter der ehelichen Verbindung fremder geworden und muss sich der Gesetzgeber, bei Fällen in denen die Ehe eine blosse Spekulation ist, hüten, selbst zur Erleichterung solcher Zustände beizutragen.

Ein wichtiger Fall ist heute der Diebstahl, begangen zwischen Ehegatten, die von Tisch und Bett geschieden sind. In der Tat leben diese vollständig unabhängig von einander, wie zwei fremde Personen, nichtsdestoweniger kann ein Diebstahl unter ihnen nach vielen heute geltenden Gesetzgebungen criminaliter nicht verfolgt werden. Doch haben moderne Strafgesetzbücher darüber besondere Bestimmungen aufgestellt.

40) Dieses Prinzip vertritt neben den oben bereits erwähnten noch die Strafgesetzgebung Montenegros (s. Strafgesetzgebung der Gegenwart, I, S. 341), indem sie den Diebstahl der Frau gegen den Mann in den beiden ersten Fällen nur mit Freiheitsstrafe und erst im dritten Fall mit körperlicher Züchtigung, der gewöhnlichen Diebstahlsstrafe, und mit Ehescheidung bestraft.

41) Wir verweisen hier nur auf das d. R. St. G. B., § 247, 2 u. 3, sowie auf die Vorentwürfe zu einem schweizer. Strafgesetzbuche, besonders den Stoossschen Entwurf von 1894, Art. 70, und den Kommissionalentwurf aus dem Jahre 1896, Art. 71, auf die wir später noch eintreten werden. (S. Entwurf.)

Das italienische Strafgesetzbuch und ebenso dasjenige des Kantons Tessin gestatten den nicht getrennt lebenden Ehegatten nicht, sich gegenseitig zu verfolgen, nicht das gleiche gilt für die getrennt lebenden, die zum Beispiel nach dem Recht des Kantons Tessin criminaliter verfolgt werden können, wozu es allerdings eines Antrages des verletzten Teiles bedarf; « se i furti avonemmero traconjugi legal mente separati etc, si procede voltanto a querela del damnegiato, e la pena si diminisce di un grado.»

Dieselbe Bestimmung enthält das italienische Strafgesetzbuch in Art. 433. Die Strafe ist hier um ein Drittel verringert.

Weiter geht noch das Strafgesetzbuch der Niederlande, Art. 516, das nie eine Verfolgung der nicht geschiedenen Ehegatten zulässt. Für von Tisch und Bett Geschiedene muss eine einfache Klage der verletzten Person vorliegen. Auch das ungarische Strafgesetzbuch vom Jahre 1878, Art. 342, macht einen Unterschied zwischen getrennt und nicht getrennt lebenden Ehegatten und zwar in dem Sinne, dass nur die letztern privilegiert sind.

In der Schweiz war es allein der Kanton Neuenburg, der diesen Verhältnissen Rechnung trug.[42] Auch hier wurden Diebstähle unter Ehegatten nur dann nicht bestraft, « s'ils ne sont point séparés de corps et de biens.»

Jedoch enthält auch der Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1896 eine diesbezügliche Bestimmung, indem er den « Diebstahl am Ehegatten der mit dem Täter nicht in gemeinsamem Haushalt lebt » nur auf Antrag verfolgt.

Fragen wir uns schliesslich noch, welches die richtige, sowohl im Interesse der Allgemeinheit, als der verletzten Personen liegende Lösung unserer Frage ist, ob die völlige Straflosigkeit oder aber das Erfordernis eines Strafantrages diese Zwecke erfüllen kann, so müssen wir uns daran erinnern, dass in der Praxis die Straflosigkeit oft die Veranlassung wenig ehrenhafter Berechnungen seitens charakterloser Kinder und Ehegatten ist, denen gegenüber die Gerichte machtlos sind.

Man soll der Familie ihre Integrität wahren indem man sie selbst beurteilen lässt, ob sie des Schutzes und der Dazwischenkunft der Gerichte bedarf und scheint uns deshalb das Privilegium des Strafantrages für den Dieb-

42) S. Strafgesetzbuch des Kantons Neuenburg vom Jahre 1856, Art. 206. Das neue Gesetzbuch von 1891 enthält, wie wir oben gezeigt haben, gar keine diesbezüglichen Bestimmungen mehr.

stahl zwischen Ehegatten und Verwandten am besten allen Anforderungen gerecht zu werden.

Allerdings verhehlen wir uns dabei keineswegs, dass wir dadurch, dass die Bestrafung in das Ermessen des Verletzten gestellt wird, einen Widerspruch im öffentlichen und allgemeinen Empfinden hervorrufen, dem eine Verfolgung und Bestrafung der Eltern und Ehegatten gerade dann am meisten widersprechen, wenn die Kinder oder die Ehegatten selbst sie freiwillig und aus eigenem Antrieb herbeiführen.

Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch.

Im Gegensatz zu der Mehrheit der neueren Strafgesetzgebungen regelt der Entwurf unsere Materie nicht durch eine Zweiteilung in Haus- und Familiendiebstahl, wobei die betreffenden Tatbestände einander als Gegensätze gegenüberstehen, sondern vielmehr als ein einheitliches Delikt, in dem nur noch die verschiedene Qualität der beteiligten Personen als naher Verwandter oder Ehegatte und als blosser Familiengenosse an die alte Gegenüberstellung erinnert.[1] Und zwar ist er, was den Diebstahl der Ehegatten und Verwandten anbelangt im grossen und ganzen den allgemein herrschenden Grundsätzen gefolgt; anders, was den Hausdiebstahl betrifft, da dieser im Entwurf eine gewaltige Umgestaltung erfahren hat. Denn er wird nicht, wie bisher üblich, strenger als der gewöhnliche Diebstahl,[2] sondern gleich dem Verwandtendiebstahl, d. h. milder bestraft. Ferner umfasst der neue Begriff « Hausdiebstahl » jetzt nicht mehr nur die Diebstähle der Dienstboten etc. an ihrem Herrn und an dessen Angehörigen, sondern umgekehrt auch die Diebstähle der letzteren an ihren Bediensteten, kurz alle Entwendungen zum Nachteile einer Person, die mit dem Täter als Familiengenosse im nämlichen Haushalt lebt.[3]

---

1) S. Entwurf aus dem Jahre 1903, Art. 80.

2) S. Code pénal français, Art. 386, 3, die Str. G. B. der Kantone Thurgau, Art. 141; Waadt, Art. 272, 1; Aargau, Art. 150, *n—r*; Wallis, Art. 290; Schaffhausen, Art. 213, 7; Graubünden, Art. 164, 1, u. s. w.

3) S. Entwurf vom Jahre 1903, Art. 80. Darüber, was das Wort « Familiengenosse » bedeutet, s. unten.

I. Die Entwicklung und Umgestalung unserer Materie in den verschiedenen Stadien des Vorentwurfes bis zum Jahre 1903.

Der Redaktor des Entwurfes, Herr Professor Dr. Stooss hat in Art. 70 seines Vorentwurfes vom Jahre 1894 folgende Bestimmung aufgenommen:

« Wer den Ehegatten, sein Kind oder Grosskind bestiehlt, bleibt straflos.

Wer die Eltern oder Grosseltern bestiehlt oder eine Person mit der er als Familiengenosse in dem nämlichen Haushalte lebt, wird nur auf Antrag bestraft. Rückzug des Antrages ist statthaft.»

Stooss hat damit, wie wir sehen für gewisse Fälle von Diebstählen, der engen Beziehungen der Beteiligten wegen, eine Privilegierung ausgesprochen, die je nach der Person des Täters in Straflosigkeit oder in dem Erfordernis der Stellung eines Strafantrages besteht. Dabei gilt als Basis dieser Zweiteilung nicht etwa die Trennung in Familienangehörige, wie Ehegatten und Verwandte, und in blosse Familiengenossen, wie es im römischen und gemeinen Rechte der Fall war, sondern die Scheidung sieht auf beiden Seiten Verwandte vor, deren persönliche Verhältnisse und Beziehungen zum Täter aber allerdings verschiedenartige sind, und somit auch eine ungleiche Behandlung rechtfertigen. Ueber die Gründe der Privilegierung werden wir später sprechen. So die Stooss'sche Redaktion. Bei der erstmaligen Lesung durch die vom eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufene Expertenkommission beantragte nun Gabuzzi im Anschluss an Art. 433 des italienischen Strafgesetzbuches in Alinea 1 vor dem Ausdruck « Ehegatten » die Worte « nicht richterlich getrennten » einzuschieben, was denn auch beschlossen wurde. Im übrigen wurde der Artikel unverändert angenommen.[4]

Alinea 1 des neuen Artikels 70 lautete somit folgendermassen:

« Der Diebstahl an dem Kinde oder Grosskinde und an dem Ehegatten während der Dauer der Ehe bleibt straflos.»

Auch die zweite Lesung brachte Aenderungen.

Gemäss einer Anregung von Zürcher sollte der Diebstahl an dem Ehegatten nur dann straflos sein, wenn die Ehegatten in gemeinsamer Haushaltung leben. Auf Anregung von Gautier wurde sodann beschlossen, den Diebstahl

4) S. Verhandlungen der Expertenkommission über Vorentwurf, Bd. I, S. 377.

an dem nicht in gemeinsamer Haushaltung mit dem Täter lebenden Ehegatten nur auf Antrag zu bestrafen.[5] Der neue Artikel 71 lautete infolgedessen:

« Der Diebstahl an dem Kinde oder Grosskinde und am Ehegatten der mit dem Täter in gemeinsamen Haushalt lebt, bleibt straflos. Der Diebstahl an den Eltern und Grosseltern und an Personen, die mit dem Täter als Familiengenossen im gleichen Haushalt leben, und der Diebstahl am Ehegatten, der mit dem Täter nicht in gemeinsamen Haushalt lebt, wird nur auf Antrag verfolgt.»[6]

Stooss äussert sich über die Redaktion dieses Artikels in seinem « Bericht über den Vorentwurf nach den Beschlüssen der Expertenkommission an das eidgenössische Justizdepartement » vom Jahre 1899 in Bd. II, S. 13, folgendermassen: « Milder behandelt werden bestimmte Fälle des Familien- und Verwandtendiebstahls (Art. 71). Die Gerichte werden durch diese Bestimmung in den Stand versetzt und veranlasst, den einzelnen Fall und insbesondere den einzigen Schuldigen nach seiner Strafbarkeit zu beurteilen, während die formelhafte Regelung des ausgezeichneten Diebstahls eine mechanische Gesetzesanwendung begünstigt.»

Eine weitere und zwar ziemlich tiefgehende Abänderung erlitt der soeben angeführte Art. 71 sodann im Jahre 1903 durch die, infolge einer Verfügung vom 2. Juni 1901 eingesetzte, kleine Expertenkommission. Der Art. 80 des Vorentwurfes, wie er seit dem Juni 1903 vorliegt, lautet, wie wir schon in der Einleitung gezeigt haben:

« Der Diebstahl zum Nachteil eines Verwandten gerader Linie, zum Nachteil eines Ehegatten oder einer Person, die mit dem Täter als Familiengenosse in dem nämlichen Haushalt lebt, wird nur auf Antrag bestraft.»

Diese Redaktion nehmen wir nun zur Grundlage unserer eingehenderen Untersuchung.

II. Der Grund der Privilegierung.

Obgleich der Entwurf den Haus- und Familiendiebstahl zusammen und in gleicher Weise behandelt, so müssen wir doch um die, der Privilegierung dieser Delikte zu Grunde liegenden Motive richtig erkennen zu können, eine Scheidung der beiden, hier nur noch durch die Verschiedenartigkeit der Person des Täters sich unterscheidenden Diebstähle

---

5) S. Verhandlungen der Expertenkommission über Vorentwurf, Bd. II, S. 525.

6) S. Vorentwurf zu einem schweiz. St. G. B. nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Art. 71.

vornehmen. Denn nach unserer Ansicht kann beim Familiendiebstahl einzig und allein die Rücksicht auf die Schonung des sittlichen Empfindens ausschlaggebend sein; beim Hausdiebstahl aber nur die stärkere Versuchung sowie die grössere Leichtigkeit zur Begehung eines solchen Deliktes.

Wir wollen hier gleich bemerken, dass wir, wenn wir im vorliegenden Fall von Haus- und Familiendiebstahl sprechen, unter Familiendiebstahl die Diebstähle der Ehegatten und sämtlicher Verwandten, unter Hausdiebstahl aber die Diebstähle der mit dem Täter im nämlichen Haushalt lebenden Personen (exklusive Verwandte) meinen. Wir stützen uns dabei auf die Marginalie zu Art. 80, welche von Diebstählen an « Angehörigen und Familiengenossen » spricht, wobei unter Angehörigen zweifellos alle Verwandten sowie die Ehegatten, unter Familiengenossen aber nur die im gleichen Haushalt lebenden, nicht verwandten Personen verstanden sind. Stooss selbst macht in dem bereits angeführten Bericht über den Vorentwurf an das eidgenössische Justizdepartement den Unterschied zwischen Familien- und Verwandtendiebstahl, wobei der Familiendiebstahl dem von uns mit Hausdiebstahl bezeichneten Delikte entsprechen würde. Kehren wir wieder zu unserer Betrachtung über den Grund der Privilegierung zurück, so finden wir in der Redaktion der verschiedenen diesbezüglichen Artikel der Vorentwürfe, besonders in derjenigen aus dem Jahre 1896[7] eine Bestätigung unserer Ansicht. Die in Art. 71 daselbst vorgenommene Abgrenzung der privilegierten Verwandten weist deutlich auf das zu Grunde liegende Prinzip hin. Wären andere Rücksichten als die der Pietät, z. B. die Verwischung der Eigentumsgrenzen, die Schwierigkeit, die Absicht einer rechtswidrigen Zueignung zu beweisen, oder die Hoffnung auf Verzeihung, so könnte man sich nicht erklären, weshalb denn der an den Eltern begangene Diebstahl bestraft werden kann. Was das Argument, es liege eine Verwischung der scharfen Eigentumsgrenzen und eine Minderung der strafrechtlichen Schuld vor betrifft, so muss doch zweifellos zugegeben werden, dass davon viel eher im Verhältnis der Kinder zu den Sachen ihrer Eltern, als umgekehrt, gesprochen werden kann. Auch dürften die Kinder ihren Eltern gegenüber wohl ebensogut auf Verzeihung hoffen, als umgekehrt. Ebensowenig stichhaltig ist ein dritter, von Herzog in seiner Schrift über Antragsberechtigungen etc.[8] angeführter Grund, betreffend die

7) Vorentwurf zu einem eidg. St. G. B. nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Art. 71, s. oben.

8) S. Gerichtssaal, Bd. 26, S. 229.

häufige Unsicherheit der Ermittlung hinsichtlich der Absicht rechtswidriger Zueignung, der ja in gleichem Masse bei Diebstählen, begangen von Kindern an Sachen ihrer Eltern zutreffen würde. Das einzige was besonders für Strafbarkeit der Diebstähle gegen Aszendenten noch sprechen würde, wäre die Ansicht, es sei eine Notwendigkeit den Eltern gegen verwahrloste und diebische Kinder als letztes Mittel die Anrufung der Gerichte zu gestatten. Aber auch in diesem Falle sehen wir deutlich, dass der Gesetzgeber, selbst wenn er nur aus solchen Gründen eine Bestrafung der Diebstähle gegen Eltern und Grosseltern zugelassen hätte, doch indem er auch für diese Fälle keine Abweichung vom Strafrahmen des gewöhnlichen Diebstahls festsetzt, allgemein die Tatsache des Kindschaftsverhältnisses zum Verletzen jedenfalls nicht als ein Umstand betrachtete, der die Verschuldung und Strafwürdigkeit beeinträchtigen könnte.

Auch die Tatsache, dass eine Bestrafung des in der Ehe begangenen Diebstahls eines Ehegatten gegen den andern auch nach der Auflösung der Ehe ausgeschlossen ist, spricht nicht gegen unsere Ansicht. Denn es würde den Grundsätzen des Strafrechtes widersprechen, eine zur Zeit ihrer Begehung straflose Handlung durch eine später eintretende, von ihr unabhängige Tatsache, wie sie die Ehescheidung ist, für strafbar zu erklären.

Ein fernerer Beweis für unsere Behauptung ergibt sich für den Fall eines Diebstahles an welchem ausser den in Art. 80 genannten Personen, noch ein Dritter beteiligt ist. Läge das Motiv des Artikels 80 in der Minderung der Schuld, oder in der Schwierigkeit einer sicheren Ermittelung der rechtswidrigen Absicht des Täters, so müsste der mit dem Verletzten nicht verwandte Dritte als Gehülfe ebenfalls straffrei bleiben. Denn die Schuld des Gehülfen, dessen Vorsatz immer nur auf Unterstützung einer fremden Tat geht, kann unmöglich schwerer sein, als die des Täters.

Aus allen diesen Gründen ersehen wir deutlich, dass die Abgrenzung des Privilegs, wie wir sie in unsern Vorentwürfen finden, auf einen Beweggrund hindeutet, (dessen Zweck die Vermeidung der gerichtlichen Bestrafung der betreffenden Personen ist), der kein anderer sein kann, als der, dass die öffentliche Moral vielfach durch die Bestrafung mehr als durch die Tat selbst leiden würde, da es häufig als unnatürlich und unsittlich empfunden wird, wenn jemand wegen eines Eigentumsvergehens Personen, denen er infolge ihrer verwandtschaftlichen Beziehungen die höchste Hochachtung und Pietät schuldet, vor Gericht ziehen und zu entehrenden Strafen verurteilen lässt. Das all-

gemeine sittliche Empfinden tritt hier in den Vordergrund und vor ihm muss der Schutz des Eigentums zurücktreten. Das gilt besonders für diejenigen Entwürfe, welche Straflosigkeit annehmen, aber auch da, wo wie in Art. 80 des Vorentwurfes von 1903 ein Strafantrag gefordert wird, tritt der Schutz des Eigentums in den Hintergrund, indem auch hier eine Strafverfolgung entweder verhindert oder doch erschwert wird.

III. Der Tatbestand des Art. 80.

a. Die privilegierten Delikte. Artikel 80 trifft eine Sonderbestimmung für den Diebstahl an gewissen Angehörigen und Familiengenossen. Fraglich ist nur, ob durch diese Vorschrift auch der « schwere Diebstahl » des Art. 79, § 2, und der Rückfallsdiebstahl, Art. 79, § 3, betroffen werden oder nicht. Wir glauben das erstere, da im Gesetz selbst kein Anhaltspunkt für die gegenteilige Ansicht zu finden ist.[9] Demnach ist daraus zu folgern, dass die härteren Strafen auch dann Anwendung finden, wenn die Verfolgung des Diebstahls einen Antrag erfordert.[10] Für die Unterschlagung, Fundunterschlagung und Veruntreuung gelten die besondern Regeln des Art. 85, ebenso für den Raub die des Art. 81.[11] So die allgemeine Meinung.

b. Was die Täterschaft des Art. 80 betrifft, so gehören nicht alle an Diebstählen gegen die betreffenden Angehörigen und Familiengenossen Beteiligten unter die privilegierten Personen, sondern nur diejenigen welche ihre Verwandten gerader Linie, ihre Ehegatten, oder Personen mit denen sie als Familiengenossen im gleichen Haushalt leben, bestehlen. Handelt nun ein solcher Verwandter oder Ehegatte etc. gemeinsam mit einem Fremden als Mittäter, so wird auch in diesem Fall der Art. 80 zur Anwendung kommen müssen, gleich wie wenn er alleiniger Täter wäre. Wie aber, wenn diese Personen Anstifter oder Gehülfen der fremden Täter sind? Nach der Meinung Schmidts[12] könnte das Delikt des Art. 80 nur von den Angehörigen und Familiengenossen begangen werden, und wäre eine Ausdehnung auf Anstifter und Gehülfen, die das Delikt nicht begehen, sondern nur an der von andern begangenen Tat teilnehmen,

9) Betreffend diese Frage im d. R. St. G. B. s. Binding, Lehrbuch, S. 306, sub 2*a*; H. Meyer, Lehrbuch, S. 563; Schütze, Lehrbuch, S. 446; Oppenhoff, § 247, Nr. 2; Rüdorf, § 247, Nr. 3; Olshausen, § 247, Nr. 1; Frank, § 247, I; Reber, Antragsdelikte, S. 267.

10) S. Olshausen, Kommentar, § 247, Nr. 1.

11) Art. 81 kennt keine Privilegierung. Vgl. Wächter, Vorlesungen, S. 416; Binding, a. a. O.; Reber, a. a. O.

12) O. Schmidt, Mittäterschaft, Worms 1882, S. 40.

ausgeschlossen, indem eine Ausnahmevorschrift wie obige stets strikte interpretiert werden müsse. Schmidt gibt jedoch selbst zu, dass diese Konsequenz eine ungerechte ist, indem derjenige als Teilnehmer strafbar sein würde, der es als Täter eventuell nicht wäre. Die Ansicht Schmidts hätte nur dann ihre Berechtigung, wenn man zu ihrer Begründung die Verwischung der Eigentumsgrenzen als alleiniger Grund der Privilegierung des Deliktes herbeiziehen wollte. Wir nehmen also an, dass Art. 80 auch auf den Anstifter und Gehülfen, wenn sie unter die vom Gesetz privilegierten Personen gehören, anzuwenden ist.

c. Betreffend die Art und Weise der von Art. 80 vorausgesetzten verwandtschaftlichen und familiären Beziehungen ist zu bemerken, dass hier wohl lediglich die Tatsache der Abstammung von Bedeutung ist, so dass auch unehelich Geborene inbegriffen sind, allerdings trifft z. B. bei einem Diebstahl des Vaters am unehelichen Kind das Motiv des Privilegs dann weniger zu. Was die Diebstähle unter Ehegatten betrifft, so kann man sich fragen, ob auch voreheliche Diebstähle vom Privileg erfasst werden. Mit nein müssen wir antworten, wenn man unbedingt die Zeit der Begehung der Tat als entscheidend ansieht, mit ja, wenn man in Uebereinstimmung mit dem römischen Recht der von uns vertretenen ratio legis folgt. Dass Diebstähle, die während der Ehe begangen wurden auch nach deren Scheidung nicht bestraft werden können, haben wir schon früher gezeigt.

Eine andere Frage ist, wer fällt alles unter den Ausdruck « Familiengenosse » ? Nach unserer Ansicht einmal das ganze Gesinde, sodann der Vormund und sein Mündel, der Erzieher und seine Pflegebefohlenen, Pfleger und Wärter und die ihrer Obhut Unterstellten und endlich die Lehrlinge; alle aber nur dann, wenn sie mit dem Bestohlenen im gleichen Haushalt leben, eine Bedingung die auch bei Diebstählen unter Verwandten (Ehegatten, Aszendenten und Deszendenten ausgeschlossen) erfüllt sein muss. Ob auch die Zimmerherrn und Mieter hierher gehören scheint uns zweifelhaft und ist dabei wohl ganz auf das konkrete Verhältnis, das zwischen ihnen und der sie beherbergenden Familie herrscht, abzustellen. Ausgeschlossen von der Privilegierung des Art. 80 sind wohl immer die Diebstähle der Wirte und Gasthofbesitzer an ihren Gästen und umgekehrt, wie sie im Code pénal und seinen Nachahmungen ausgezeichnet sind.[13]

13) Code pénal, Art. 386, 4; Genf, Art. 322, 2; Waadt, Art. 272, 3; Freiburg, Art. 233, 11; ebenso Schaffhausen, Art. 213, 7; Graubünden, Art. 164, 2 etc. (Ueberall aber ausgezeichnet als qualifiziertes Delikt.)

d. Der Diebstahl muss begangen worden sein « zum Nachteil » eines Angehörigen oder Familiengenossen.

1. Die Frage zu wessen Nachteil der Diebstahl begangen wurde ist da von Bedeutung, wo durch die Tat nicht nur eine, sondern mehrere Personen geschädigt worden sind, von denen eine oder einzelne in den, von Art. 80 vorausgesetzten Beziehungen zum Täter stehen, die andern aber nicht. Frage, muss in einem solchen Fall Art. 80 zur Anwendung kommen? Es kommt hier darauf an, welcher Art die Beteiligung der mehreren Personen ist. Entweder können sie in gleicher Weise vom Delikt betroffen werden, z. B. als Miteigentümer oder aber verschiedenartig, der eine als Eigentümer und der andere als blosser Inhaber der betreffenden Sache, z. B. als Pfandgläubiger. Im erstern Fall, dem der qualitativ gleichen Beteiligung wird nach der herrschenden Ansicht nicht Art. 80 sondern der gewöhnliche Diebstahlsartikel 79 zur Anwendung kommen. Allerdings wird dabei der Wert des Objektes nur nach dem Eigentumsanteil des Fremden zu bemessen sein.[14] Analog können wir den zweiten Fall behandeln, indem wir sagen, wenn ein Diebstahl zwei oder mehrere Personen in verschiedener Weise, aber immerhin doch so trifft, dass die strafbare Handlung im Sinne des Gesetzes « zum Nachteil » beider begangen wurde, so bedarf es zur Bestrafung des Täters keines Strafantrages.[15] Es kommt also ganz darauf an, wie weit man den Kreis derjenigen Personen zieht, von denen man annimmt, dass der Diebstahl « zu ihrem Nachteil » begangen wurde. Je enger der Kreis, desto günstiger für den Täter und umgekehrt.

Kehren wir zu unserer anfänglichen Frage was bedeutet « zum Nachteil » eines Verwandten gerader Linie u. s. w. zurück, so können wir sagen, der Diebstahl dürfe einzig und allein « zum Nachteil » einer, der vom Entwurf in Art. 80 bezeichneten Angehörigen oder Familiengenossen begangen worden sein, d. h. die Betreffenden müssen die einzigen Verletzten sein, da hier die Pietätsrücksichten der Familie

---

14) S. Herzog, im Gerichtssaal, Bd. 26, S. 219 f. u. Reichsger. E. 4, 83, R. III, 223.

15) S. Berner, Lehrbuch (14. Auflage), S. 506, sowie die Kommentare zu § 247 des d. R. St. G. B.: Rüdorff-Stenglein, N. 4 u. 8, Oppenhoff, N. 11, Olshausen, N. 11, Schwarze, N. 11, Frank, I; ferner Reichsgericht vom 22. Mai 1880, Rechtspr. I, S. 839, und Reichsgericht vom 1. Juli 1881, Rechtspr. III, S. 453 (bei Berner, Lehrbuch, S. 506, Anmerkung 2): « Wenn ein Diebstahl an Sachen verübt wird, welche sich nicht in dem Gewahrsam des Eigentümers, sondern eines berechtigten Inhabers befinden, so sind Beide Verletzte. Ist nur einer von beiden ein Angehöriger des Diebes, so ist ein Strafantrag nicht erforderlich. »

vor den strafrechtlich geschützten Interessen anderer Personen zurücktreten müssen. Ob überhaupt Fälle von qualitativ ungleicher Beteiligung mehrerer Personen, « zu deren Nachteil » der Diebstahl begangen wurde, möglich sind und wenn sie vorliegen, wird sich bei der Untersuchung der Frage, « zu wessen Nachteil » wird der Diebstahl begangen, ergeben, eine Frage, die von der Literatur und der Praxis auf die verschiedenste Weise beantwortet wird.

2. Art. 80 bestraft den Diebstahl « zum Nachteil » gewisser Angehöriger und Familiengenossen nur auf Antrag, ohne indessen den Antragsberechtigten genauer zu nennen.

Nach der Ansicht Bindings[16] ist nur der Bestohlene, d. h. der Eigentümer der Sache antragsberechtigt, nach derjenigen Köhlers[17] aber nur derjenige, welcher die Sache in seinem Gewahrsam hatte, da sich der Angriff des Diebes nicht sowohl gegen das bestehende Eigentumsrecht an der Sache, das er auf diese Weise ja doch nicht erlangen könne, sondern nur gegen den Besitz richte. Dagegen ist einzuwenden, dass Objekt eines Diebstahls nur eine fremde, d. h. eine im Eigentum eines Andern als des Täters stehende Sache sein kann, und dass der Dieb, da er das wissen muss, sich mit seiner Tat somit auch gegen den Eigentümer richtet. Ebenso unhaltbar ist die Ansicht Bindings, da sicherlich auch der Gewahrsamsinhaber, z. B. der Pfandleiher, aus dessen Gewahrsam eine verpfändete Sache entwendet wird, bestohlen werden kann.

3. Da weder die eine noch die andere Lösung der Frage befriedigend ist, so tut man besser, sich an das zu Grunde liegende Gesetz, in unserm Falle den Vorentwurf selbst zu halten. Art. 80 meint, wenn er vom Antrage spricht, zweifellos den Antrag dessen, zu dessen Nachteil der Diebstahl begangen wurde. Da der Art. 80 selbst nicht sagt, wer das ist, so wird hier durch das Strafgesetzbuch (d. h. den Vorentwurf dazu) in Art. 2 § 1 selbst darauf hingewiesen, indem dort der Verletzte als antragsberechtigt genannt ist, insofern er wenigstens den Antrag innerhalb 3 Monaten seit dem Tage, an dem er von der Tat und Person des Täters Kenntnis erlangte, gestellt hat. Ist der Verletzte handlungsunfähig, so stellt nach Art. 2 § 1 der gesetzliche Vertreter den Antrag; ist der Verletzte 16 Jahre alt und leidet er nicht an geistigen Gebrechen, so kann er auch selbständig einen Strafantrag stellen. Was schliesslich den Rückzug des Strafantrages betrifft, so kann er nach Art. 2 § 2

16) Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, S. 622.

17) Lehre vom Strafantrag, S. 43.

so lange zurückgezogen werden als das Urteil der ersten Instanz noch nicht verkündet worden ist, wobei der Antrag gegen alle Beschuldigten zurückgezogen ist, wenn der Rückzug auch nur zu Gunsten eines Einzigen erfolgte.

4. Damit entsteht jedoch die neue und vom Gesetzgeber nicht beantwortete Frage, wer ist der Verletzte?

Zweifellos nur unmittelbar Beteiligte und nicht jeder der infolge des Diebstahls irgendwie in seinen Interessen beschädigt wurde,[18] da es offenbar nicht die Absicht des Gesetzgebers war bei Antragsdelikten eine möglichst grosse Anzahl von Antragsberechtigten zu schaffen, ohne Rücksicht darauf, ob sie auch nur in irgend einer so entfernten Weise durch das Delikt geschädigt sind. Ferner ist fraglich: Sind alle unmittelbar Verletzten, d. h. alle in deren Rechtssphäre durch die Tat direkt eingegriffen wurde, oder nur Diejenigen, die in der dem Delikt wesentlichen Weise verletzt sind, d. h. die eigentlichen Träger des unmittelbar angegriffenen Rechtsgutes als Verletzte zu betrachten? Erstere Ansicht, der auch wir uns anschliessen, wird vertreten durch Köhler[19] in seinem Werk über den Strafantrag, S. 39; letztere durch Binding, Merkel, Liszt und andere.[20]

Wir müssen jedoch nicht denken, dass der Verletzte, wie wir ihn jetzt definiert haben durch den Diebstahl immer einen Vermögensverlust[21] erlitten haben müsse, da schon die Strafbarkeit eines Versuches der Antragsdelikte damit unvereinbar wäre. Berner[22] äussert sich darüber folgendermassen:

« Zum Antrage berechtigt ist im allgemeinen der Verletzte, d. h. Derjenige, gegen den die strafbare Handlung sich richtete, auch wenn er, wie häufig, beim blossen Versuche, einen materiellen Schaden nicht erlitten hat. Hält man beim Versuche niemand für den Antragsberechtigten, weil niemand materiell verletzt ist, so kommt man zu dem Widersinn, entweder den Versuch gar nicht zu strafen, oder ihn von Amtswegen zu verfolgen, während selbst bei der Vollendung nicht von Amtswegen verfolgt wird.»

---

18) Dieser Grund ist so ziemlich allgemein anerkannt. S. auch Reichsgericht, E. 1, 370, R. I, 607; E. 4, 326.

19) Diese Meinung wurde auch vom Reichsgericht vertreten in den Entsch. v. 22. 10. 1885 (E. 13, 61), vom 16. 4. 1880 (E. 1, 370, R. I, 607), vom 22. 6. 1881 (E. 4. 326).

20) Binding, Hdb. I, S. 615; Merkel, Lehrbuch, S. 240; v. Liszt, Lehrbuch, S. 193; Meyer, Lehrbuch, S. 304 u. 548, N. 65; Olshausen, N. 10 zu § 61; Schwarze, im Gerichtssaal, Bd. 25, S. 182 ff.

21) Dieses Erfordernis stellten die Römer für Gewährung der actio furti auf. s. l. 12 pr. D. de furtis 47, 2.

22) Berner, Lehrbuch, S. 311.

Auf die Schwierigkeiten, die für das Strafrecht aus einer Berücksichtigung der Vermögensschädigung sich ergeben würden, ist bereits auch von Bar[23] und Merkel[24] hingewiesen worden, einmal betreffend die Mehrung der Antragsberechtigungen bei teilweiser Insolvenz eines Regressschuldners sowie betreffend die Frage, welcher Zeitpunkt massgebend sein solle. Endlich setzt der Diebstahl aber auch als vollendetes Delikt — abweichend vom römischen furtum — einen Vermögensschaden nicht voraus, denn er ist in erster Linie ein Delikt gegen Rechte an Sachen und nicht ein Delikt gegen das Vermögen, trotz der Einreihung der Diebstähle unter die «Verbrechen gegen das Vermögen» durch den Vorentwurf. Wir haben hier hauptsächlich die Strafbarkeit zweier Fälle vor Augen: 1. Wegnahme wertloser Sachen, 2. Wegnahme unter Hingabe eines gleichartigen Entgelds, den sog. Zwangstausch. Alle zwei müssen mangels Spezialbestimmungen auch im heutigen Recht als Diebstähle bestraft werden.

5. Zu diesen unmittelbar verletzten Personen in erwähntem Sinn gehört vor allem einmal der Eigentümer, da die Tat des Diebes stets direkt in seine Rechte eingreift, gleich ob er selbst im Besitz der Sache war, oder ob ein Anderer, der seinerseits wieder gut- oder bösgläubig sein kann, sie für ihn innehatte, so dass für den Fall, dass der Täter z. B. der Ehegatte des bösgläubigen Dritten wäre Art. 80 nicht zur Anwendung kommen würde.[25] Entgegen unserer Ansicht gibt es nun Viele, die den Eigentümer allein als den Verletzten ansehen, wobei dann nur seine Beziehungen zum Täter für Art. 80 als entscheidend angesehen werden. So Merkel, H. Meyer, Reber, Schwarze etc.[26] Zur Begründung führen sie an, dass ein Diebstahl nur an frem-

23) Goltd. Archiv, Bd. 19, S. 649 f.

24) Holtzendorffs Handbuch, Bd. 3, S. 712.

25) S. Goltd. Archiv, Bd. 25, S. 192, enthaltend ein Erkenntnis des Pr. Ob. Trib. v. 30. 4. 1877 über folgenden Fall: Der Angeklagte hatte seinem Vater einen Schmuck entwendet, den jener 17 Jahre vorher gefunden und unterschlagen hatte. Trotz fehlenden Antrages des Vaters wurde der Schuldige mit Rücksicht auf die Verletzung der Eigentümerin, die gerade erst durch den Diebstahl ihr Eigentum wieder erhielt, vom Gerichte verurteilt.

26) Merkel (Holtzendorffs Handbuch, Bd. 3, S. 712, und Lehrbuch, S. 322); H. Meyer, Lehrbuch, S. 549, N. 65; Dochow (Holtzendorffs Hdb. IV, 265); Herzog, a. a. O.; Reber, Antragsdelikte, S. 258 u. 389; Nessel, Antragsberechtigungen, S. 25; Schwarze, Kommentar, § 61, N. 5. Auch Binding vertritt diese Ansicht, obgleich von einem andern Gesichtspunkte aus, wie wir schon oben gezeigt haben. Herzog und Ruhstrat stellen dem Eigentümer noch den Usucapionsbesitzer gleich.

den Sachen möglich sei, wobei die Absicht des Täters, die auf rechtswidrige Zueignung gehen müsse, beweise, dass der Diebstahl ein gegen das Eigentum gerichtetes Delikt sei, wenn er auch vom Str. G. B. zur Abgrenzung gegen andere Eigentumsdelikte in die Form des Gewahrsamsbruches gekleidet sei. Unrichtig ist hier eben die zu enge Auffassung des Begriffes « Verletzter », indem angenommen wird, der Eigentümer sei beim Diebstahl der alleinige Verletzte. Sicherlich würde Art. 80 nicht seiner Bestimmung gemäss angewendet werden, wollte man z. B. den Sohn, der im eigenen Interesse dem Pfandleiher die seinem Vater gehörige und von ihm versetzte Uhr entwendet, nur auf Antrag bestrafen, da der Sohn des Eigentümers in diesem Falle besser gestellt wäre, als der Eigentümer selber, sein Vater, der für dieselbe Tat nach Art. 88 bestraft würde.[27]

Ferner sind Verletzte: Alle dinglich Berechtigten, wie Pfandgläubiger und auch obligatorisch Berechtigte, wie Mieter, Pächter und Entleiher, doch letztere nur dann, wenn sie die Sache entweder selbst im Gewahrsam haben, oder ein anderer sie in ihrem alleinigen Interesse innehat. Ungenügend wäre nur ein persönlicher Anspruch gegen den Inhaber auf Gestattung der Benutzung. Stiehlt also der Vater des Eigentümers einer vermieteten Sache dieselbe beim Mieter, so ist er strafbar, stiehlt er sie beim Eigentümer, so ist zu seiner Bestrafung ein Antrag nötig.

Auch unter den Vertretern dieser Ansicht gibt es wieder viele, die behaupten, « ausschliesslich » die Verletzung des Gewahrsams mache den Diebstahl aus, so dass also Art. 80 dann anwendbar wäre, wenn der Täter lediglich zum Inhaber der Sache in dem dort bezeichneten Familien- oder Verwandtschaftsverhältnis steht. Sie stützen sich dabei auf die auch im Vorentwurf Art. 79 § 1 vorkommenden Worte: « Wer eine Sache die einem andern gehört wegnimmt », die den Bruch des Gewahrsams gegenüber der Eigentumsverletzung in den Vordergrund zu setzen scheinen. Anhänger dieser Lehre sind: v. Liszt, Schütze, Rubo, v. Kirchenheim und andere. [28]

---

27) Eine weitere Theorie anerkennt den Eigentümer immer, daneben aber auch den Inhaber, insofern er an der Nichtentziehung der Sache ein eigenes Interesse hat (Ersatzpflicht genügt), als Verletzten. So Hälschner, Str. R. I, S. 306. Schliesslich gibt es auch solche, die nur auf die Vermögensbeschädigung abstellen, so dass auch der Eigentümer nur Verletzter ist, wenn ihn ein Vermögensschaden trifft. S. Dörr, S. 209.

28) v. Liszt, Lehrbuch, S. 451; Schütze, Lehrbuch, S. 446; Rubo, § 247, N. 4; v. Kirchenheim, Die rechtliche Natur der Antragsdelikte, S. 73.

Dagegen wurde angeführt, dass die diesbezügliche Fassung des betreffenden Gesetzesartikels (D. R. Str. G. B. § 242, Vorentwurf Art. 79 § 1) nur betonen wollte, dass die Sache zur Zeit der Tat im Gewahrsam einer vom Täter verschiedenen Person sein müsse und dass diese nicht gerade der Eigentümer zu sein brauche.[29] Binding[30] führt als Beweis für die Unzweckmässigkeit dieses Prinzips für den § 247 R. Str. G. B.[31] das Beispiel an, wonach der Vater, der seinem Sohne Mündelgelder, die dieser verwahrt, entwendet, straflos wäre. Somit ist auch die Unhaltbarkeit dieses Prinzip dargetan. Führen wir hier noch gleich an, dass nach einer andern Meinung stets sowohl der Eigentümer als auch der Inhaber Verletzte im Sinne des Strafrechts sind, da angenommen wird, die Tat verletze den Eigentümer in seinem Eigentum und den Inhaber in seinem rechtlich geschützten Gewahrsam.[32] Damit, dass man den Inhaber als solchen zu den Verletzten zählt, und nicht nur dann, wenn gewisse Bedingungen vorliegen, geht man entschieden zu weit. Von Bar[33] bezeichnet es in einem ähnlichen Fall als widersinnig, wenn man einem Dienstboten ein selbständiges Antragsrecht aus § 370 Ziffer 5 Str. G. B. neben dem des Dienstherrn gewähre, wenn aus dem Korbe, den der Dienstbote zum Einkaufen trug, ein Dritter ein Brot entwendet. Auch wir finden, dass derjenige, welcher als Inhaber an der Sache selber kein eigenes Recht hat, durch den Diebstahl nicht verletzt wird, wohl aber der andere, der ein direktes Interesse daran hat.[34]

Diesen drei Klassen von unmittelbar Verletzten (Eigentümer, dinglich und obligatorisch Berechtigte) stellen wir die vom Antragsrecht ausgeschlossenen gegenüber, wie den blossen Inhaber der Sache, von dem wir eben gesprochen haben, so dass für den Fall, dass der Ehegatte eines Eigen-

---

29) S. Goltd. Archiv 25, S. 181 f.; Schwarze, § 61, N. 5.

30) Handbuch I, S. 622.

31) § 247, 2, des deutschen R. Str. G. B. lässt die Diebstähle zwischen Ehegatten, Aszendenten uud Deszendenten, wie wir schon oben gezeigt haben, straflos.

32) So Frank, § 247, I; Geyer, Grundriss II, S. 50; Berner, Lehrbuch, S. 547; auch Merkel, wenn seine Argumentation, nur einer könne Verletzter sein, nicht richtig wäre; s. Holtzendorffs Hdb. III, S. 712; s. auch Klebs in Goltd. Archiv, Bd. 19, S. 571, und Olshausen, § 247, N. 3*a*.

33) In Goltd. Archiv, Bd. 19, S. 649.

34) Dahin gehört auch die Ansicht von Bars (a. a. O.), der neben dem Eigentümer noch den dinglich Berechtigten als Vertreter ansieht, was aber zu eng ist, da auch die übrigen, welche ein Recht an der Sache haben, hierher gehören.

tümers, welcher seine Sache zur Verwahrung gegeben hat. diese entwendet, Art. 80 zur Anwendung käme. Ferner denjenigen, dessen einzige Beziehung zur Sache darin besteht, dass er andern ihren Wert ersetzen muss, wie versicherte Sachen, die also vom Kinde des Eigentümers, wenn kein Strafantrag vorliegt, straflos diesem entwendet werden können.[35]

e. Schliesslich bemerken wir noch, dass in der von uns vertretenen Ansicht, wonach alle unmittelbar Verletzten als Antragsberechtigte Berücksichtigung finden, auch die Frage, wer der Träger des angegriffenen Rechtsgutes sei, in Betracht gezogen wird, indem der Diebstahl als Delikt gegen das Eigentum in der Vereitelung der sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte besteht, und wenn nun diese oder einige von ihnen einem oder mehreren Dritten zustehen, so müssen bei einem Eigentumsdelikt auch jene mitverletzt werden, wodurch ihre Inhaber Mitträger des angegriffenen Rechtsgutes werden. In diesem Sinne scheint auch der Vorentwurf den Begriff « Verletzter » zu verstehen.

IV. Wir kommen endlich noch zur Frage: Welche Bedeutung kann der Irrtum des Täters für die Anwendung des Art. 80 haben?

Er kann in doppelter Beziehung in Betracht kommen. Einmal als Irrtum über die rechtlichen Voraussetzungen der Anwendung unseres Artikels. Die Ehefrau bestiehlt ihren Mann in der Meinung diese Tat sei durch das Gesetz in keiner Weise mit Strafe bedroht. Der Irrtum ist hier zweifellos unerheblich, da er auf einer blossen Unkenntnis des Gesetzes beruht (ignorantia juris nocet). Anders, wenn sich jemand über tatsächliche Verhältnisse täuschte, z. B. der Sohn nimmt dem Vater eine Sache, die dieser für einen Dritten innehat, während der Sohn glaubt, sie sei Eigentum seines Vaters. Nach Merkel[36] wäre ein solcher Irrtum in Berücksichtigung zu ziehen, der Täter also in diesem Falle nur auf Antrag zu bestrafen, da die irrtümliche Annahme eines Strafausschliessungsgrundes immer den dolus ausschliesse und somit eine Lücke im gesetzlichen Tatbestand bestehe, eben infolge dieses Irrtums über die konkreten Voraussetzungen der strafrechtlichen Verschuldung. Diese Ansicht teilen auch v. Bar[37] und v. Buri,[38] sowie

35) S. Goltd. Archiv 42, S. 50.

36) Merkel, Hdb. Bd. 3, S. 711 u. Bd. 4, S. 416.

37) Goltd. Archiv 19, S. 650.

38) Gerichtssaal, 29. Beilage, S. 197.

Schwarze, Rubo und Oppenhoff in ihren Kommentaren zum R. Str. G. B.[39] Anders die herrschende Meinung, vertreten durch Binding, Hälschner, Olshausen, Schütze und andere,[40] welche nur bezüglich der Tatbestandsmerkmale einen Irrtum annehmen, im übrigen aber behaupten, der unserm Art. 80 des Vorentwurfes entsprechende § 247 des D. R. Str. G. B. statuiere kein selbständiges Delikt, sondern er setze alle Tatbestandsmerkmale der §§ 242 und 246 einschliesslich des dolus voraus.

Auch unser Vorentwurf gibt uns keine Handhabe dafür dass ein Irrtum über Strafausschliessungsgründe immer den dolus ausschliesse, da Art. 80, indem er die Begehung eines Diebstahls zur Voraussetzung hat, die Bedeutsamkeit eines Irrtums verneint.

---

39) v. Schwarze, § 247, N. 18; Rubo, N. 16; Oppenhoff, N. 20; auch H. Meyer in seinem Lehrbuch, S. 549 und Klebs in Goltd. Archiv Bd. 19, S. 572.

40) Binding, Normen 2, S. 475 f.; Hälschner, gem. d. Str. R. II, 1, S. 307; Olshausen, § 247, N. 13; Schütze, Lehrbuch, S. 447; Rüdorff, St. § 247, N. 9; Frank, § 59 II 4, u. § 247 I; Meves, § 247, N. 11.

Quellen und Literatur.

Renouard de Ste-Croix: Traductions des lois fondamentales de la Chine.
Thonisson: Etude sur l'organisation judiciaire de l'ancienne Egypte.
Plinius: Historia naturalis.
Tacitus: Annalen.
Julius Caesar: De bello Gallico.
Xenophon: Vom Hauswesen, aus dem Griechischen übersetzt von Brockes.
Kriegel: Corpus juris civilis.
Sachsenspiegel, Augsburgerstatuten, Ruprecht v. Freisings Rechtsbuch.
Schwabenspiegel.
Eichhorn: Teutsches Recht und Strafgesetze.
Lex Ripuaria, Bajuv., Burg., Saxon, Salica, Wisigoth., Form. Marculfi.
Dollmann: Die Entwendung, nach den Quellen des Gemeinen Rechts.
Capitularien Ludwigs des Frommen in Isambert, anciennes lois françaises.
Damhouder: Enchiridion ou manuel es causes criminèles.
Carolina, Bambergensis, Brandenburgica.
Bochiner: Meditationes ad Carolinam.
Konopak, im Archiv für Criminalrecht V.
Salchow: Entwicklung.
Ulrich Tengler: Layenspiegel.
Günther: De furto domestico. Diss.
Ayrer: De furti domestici poena in terris Brunsuicensibus. Diss.
Klien: Verbrechen des Diebstahls.
Henke: Handbuch des Criminalrechts.
Klein: Grundsätze des gemeinen Teutschen und Preussischen peinlichen Rechts.
Tittman: Handbuch des Strafrechts.
Wächter: Römisch-Teutsches Strafrecht.
Temme: Schweizerisches Strafrecht.
Häberlin: Criminalrecht.
v. Quistorp: Grundsätze des peinlichen Rechts.
Struben: Rechtliche Bedenken.
Carpzow: Quaestiones.
Meister, jun.: Principia juris criminalis.
Lauterbach: Coll. Theor. Prakt.
Köstlin: Abhandlungen aus dem Strafrecht.
Abegg: Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft.
Dorn: Versuch einer ausführlichen Behandlung über das Gesinderecht.
Lehrbücher des deutschen Strafrechts: Martin, Grolman, Hälschner, Feuerbach, Schütze, Salchow, Heffter, Merkel, Berner, Meyer, v. Liszt.
Kommentare zum d. R. St. G. B.: Olshausen, Meves, Rubo, Rüdorff, Frank, Schwarze, Oppenhoff.

Mutach: Substantzlicher Underricht von Gerichts- und Rechtssachen.
Siegwart-Müller: Das Strafrecht der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug und Appenzell.
Stooss: Bernisches Strafgesetzbuch.
Die Strafgesetzgebung der Gegenwart.
Pfenninger: Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Kanton Uri.
Handbücher des Strafrechts: Von Binding und von Holtzendorff.
Vorlesungen: Von Wächter und von Geyer.
O. Schmidt: Mitthäterschaft.
Herzog: In Gerichtssaal, Bd. 26, und Schwarze, in Bd. 25.
Köhler: Lehre vom Strafantrag.
v. Kirchenheim: Die rechtliche Natur der Antragsdelikte.
Goltdammers Archiv: Bd. 19 u. 25.





